

Aktienbuch und Aktionärswechsel

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ULRICH BENZ
von Marbach SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Aktienbuch und Aktionärswechsel

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ULRICH BENZ
von Marbach SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Erscheint auch als Band 63 der Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Stand der Bearbeitung: Ende 1980

Meinen lieben Eltern

VORWORT

Der erste und grösste Dank gebührt meinen Eltern, die mir die lange Ausbildung ermöglicht haben. Ihnen ist dieses Buch gewidmet. In grosser Dankbarkeit bin ich sodann Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser verbunden, der meine Arbeit aufmerksam begleitet und mir gleichwohl viel Freiheit gelassen hat. Ihm möchte ich auch sehr herzlich für die fast drei Jahre währende lehrreiche und in jeder Beziehung sehr angenehme Assistenz danken. Zu Dank verpflichtet bin ich ausserdem Herrn Prof. Dr. Peter Weimar, den Herren Direktoren Erich Tillmann und Hermann Zünd, ferner Herrn M. Achermann und Herrn H. Bopp. Ganz besonders danke ich schliesslich meinen Mitassistenten, Freunden und Kollegen, die mich mit zahllosen Hinweisen und vielen hilfreichen Gesprächen unterstützt haben.

U. B.

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XVI

§ 1 Einleitung	1
----------------	---

1. KAPITEL

Grundlagen des Aktienbuches

§ 2 Begriff	3
§ 3 Zweck	8
§ 4 Form	12
§ 5 Pflicht zur Führung des Aktienbuches	20
§ 6 Kontrolle des Aktienbuches	35
§ 7 Einsichtsrechte	39

2. KAPITEL

Eintragung und Eintragungsverfahren

§ 8 Allgemeines und Übersicht	51
§ 9 Anmeldung	52
§ 10 Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Gesellschaft	60
§ 11 Recht auf Sicherstellung	74
§ 12 Anspruch auf Eintragung	77
§ 13 Inhalt und Modalitäten der Eintragung	95
§ 14 Berichtigung der Eintragung	101

3. KAPITEL

Bedeutung der Eintragung im Aktienbuch

§ 15 Bedeutung für den Übergang der Mitgliedschaft	111
§ 16 Bedeutung für die Legitimation des Aktionärs	115
§ 17 Bedeutung für den Übergang der Liberierungspflicht	122
§ 18 Fehlende Eintragung	127
§ 19 Exkurs: Bedeutung der Übertragungsgenehmigung bei vinkulierten Namenaktien	133

4. KAPITEL

Schlussfolgerungen

§ 20 Ergebnisse de lege lata	142
§ 21 Postulate de lege ferenda	150

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XVI

§ 1	Einleitung	1
I.	Problem	1
II.	Anlass	1
III.	Konzept	2

1. KAPITEL

Grundlagen des Aktienbuches

§ 2	Begriff	3
I.	Übersicht	3
II.	Wortlaut des Gesetzes	3
III.	Literatur	4
1.	Begriffsumschreibung in der Doktrin	4
2.	Die Begriffselemente im einzelnen	4
a)	Gesetzliche Pflicht	4
b)	Aktionärsverzeichnis	4
c)	Mindestinhalt	4
d)	Rechtswirkungen	5
e)	Interner Charakter	5
f)	Öffentlicher Glaube	5
g)	Publizitätsfunktion	5
h)	Geschäftsbuch	5
IV.	Judikatur	6
V.	Eigene Definition	6

§ 3	Zweck	8
I.	Allgemeines	8
II.	Die einzelnen Zwecke	8
1.	Legitimation der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft	8
2.	Übersicht über die Gesellschafter	9
3.	Verzeichnis der Liberierungsverpflichteten	10
4.	Adressverzeichnis für Mitteilungen an die Gesellschafter	10

§ 4	Form	12
I.	Allgemeines	12
II.	Benennung	12
III.	Äussere Gestalt	13
1.	Allgemeines	13
2.	Schriftliche Aufzeichnung	13

a) Buch	13
b) Kartei	13
c) Loseblattsysteem	14
d) Adressplatten	14
e) Exotische Formen	14
f) Schriftlichkeit	14
3. Elektronische Aufzeichnung	15
IV. Ordnungskriterien	16
1. Freie Wahl des Ordnungskriteriums	16
2. Titelregister	16
3. Namenregister	17
4. Kombination von Titel- und Namenregister	18
§ 5 Pflicht zur Führung des Aktienbuches	20
I. Gegenstand	20
II. Entstehung und Wegfall	20
1. Entstehung	20
a) Fehlende gesetzliche Regelung	20
b) Auffassungen in der Doktrin	20
c) Entstehung der Pflicht im einzelnen	21
d) Eintragung der Gründeraktionäre insbesondere	22
2. Wegfall	23
III. Zuständigkeit	23
1. Zuständiges Organ	23
a) Fehlen einer zwingenden Ordnung im Gesetz	23
b) Standpunkt der Literatur	23
c) Standpunkt der Judikatur	24
d) Bestimmung des zuständigen Organs	24
e) Zuständigkeit im Liquidationsstadium insbesondere	25
2. Delegation der Zuständigkeit	25
a) Allgemeines und Übersicht	25
b) Delegation bei subsidiärer Zuständigkeit der Verwaltung	26
aa) Delegation der formellen Aktienbuchführung	26
bb) Delegation der materiellen Aktienbuchführung	26
cc) Erfordernis der statutarischen Grundlage	29
c) Delegation bei statutarischer Zuständigkeit der Verwaltung	29
d) Delegation bei statutarischer Zuständigkeit anderer Organe	30
IV. Folgen der Pflichtverletzung	30
1. Allgemeines	30
2. Folgen für den Bestand der Gesellschaft	31
3. Folgen für die Rechtsstellung der Aktionäre	31
4. Rechtsbehelfe des Aktionärs	31
a) Anspruch auf Beachtung von Gesetz und Statuten	31
b) Rechtsbehelfe bei Zuständigkeit der Verwaltung	32
c) Rechtsbehelfe bei Zuständigkeit der Generalversammlung	32
d) Rechtsbehelfe bei Zuständigkeit anderer Organe	32
5. Verantwortlichkeit	32
a) Mögliche Verantwortlichkeiten	32
b) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	33
c) Strafrechtliche Verantwortlichkeit	33
V. Bedeutung	34
§ 6 Kontrolle des Aktienbuches	35
I. Berechtigtes Interesse	35
II. Mögliche Kontrollorgane	35

1. Kontrollstelle	35
2. Verwaltung	35
3. Generalversammlung	36
4. Aktionäre	37
5. Besonderes Organ	37
III. Praktisches Bedürfnis	37
§ 7 Einsichtsrechte	39
I. Allgemeines	39
II. Die Einsichtsrechte der einzelnen Interessenten	39
1. Aktionäre	39
a) Übersicht	39
b) Einsichtsrecht in den eigenen Eintrag	39
c) Einsichtsrecht in den Eintrag von Mitaktionären	40
aa) Übersicht über die Doktrin	40
bb) Analyse	41
d) Auskunftsbefugnis der Gesellschaft	43
2. Generalversammlung	44
3. Verwaltung	45
4. Kontrollstelle	46
5. Dritte	47
a) Übersicht	47
b) Privatpersonen	47
c) Behörden	48
d) Einsicht im Prozess insbesondere	49
III. Exkurs: Einsichtsrecht in Listen über Inhaberaktionäre	50

2. KAPITEL

Eintragung und Eintragungsverfahren

§ 8 Allgemeines und Übersicht	51
§ 9 Anmeldung	52
I. Begriff	52
II. Rechtsnatur	52
III. Legitimation	53
1. Kreis der Legitimierten	53
2. Erwerber	54
3. Veräußerer	54
4. Dritte	56
5. Titeileigentümer	56
IV. Inhalt	57
V. Form	57
VI. Bedeutung der Anmeldung für die Eintragung ins Aktienbuch	58
§ 10 Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Gesellschaft	60
I. Allgemeines	60
II. Prüfungspflicht	60
1. Gegenstand der Prüfungspflicht	60
2. Umfang der Prüfungspflicht	61
a) Übersicht	61
b) Verbriefte Aktien	61

aa) Ordreaktionen	61
bb) Rektaaktionen	63
c) Unverbriefte Aktien	64
d) Statutarische Formvorschriften	65
e) Bedeutung der Vinkulierungsklauseln	65
f) Spezialfälle des Aktionärswechsels	66
aa) Erbgang	66
bb) Eheliches Güterrecht	67
cc) Zwangsvollstreckung	67
dd) Urteil	67
ee) Beendigung einer juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft	67
ff) Subrogation	68
3. Erweiterte Prüfungspflicht	69
a) Voraussetzungen	69
b) Folgen	69
c) Risikoverteilung	69
4. Verletzung der Prüfungspflicht	70
a) Verweigerung der Eintragung	70
b) Ungerechtfertigte Eintragung	70
c) Verletzung der erweiterten Prüfungspflicht	70
III. Prüfungsrecht	70
1. Gegenstand und Umfang	70
2. Risikoverteilung und Haftung	72
§ 11 Recht auf Sicherstellung	74
I. Grundsatz	74
II. Ausnahmen	75
§ 12 Anspruch auf Eintragung	77
I. Voraussetzungen des Anspruches	77
1. Anspruchsberechtigung	77
2. Materielle Voraussetzungen	77
a) Gewöhnliche Namenaktien	77
b) Vinkulierte Namenaktien	78
c) Aktienübertragung nach OR 686 IV	80
aa) Tatbestände	80
aaa) Erbgang	80
bbb) Güterrecht	82
ccc) Zwangsvollstreckung	82
bb) Begründung der Sonderregel	83
cc) Übergang gewöhnlicher Namenaktien	83
dd) Übergang vinkulierter Namenaktien	84
ee) Resultat	90
d) Weitere Sonderfälle des Aktienübergangs	90
aa) Tatbestände von OR 648	90
bb) Übergang durch Urteil	90
cc) Auflösung von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften	91
II. Rechtsfolgen des Anspruches	91
1. Klagerecht	91
2. Verantwortlichkeit	93
§ 13 Inhalt und Modalitäten der Eintragung	95
I. Inhalt	95
1. Mindestinhalt	95
2. Zusätzlicher Inhalt	95
3. Die einzutragenden Personen insbesondere	96

II.	Modalitäten	97
1.	Form der Eintragung	97
2.	Eintragungsvermerk	98
3.	Kosten der Eintragung	99
§ 14	Berichtigung der Eintragung	101
I.	Übersicht	101
II.	Blosse Löschung einer Eintragung	101
1.	Löschung aus eigener Initiative der Gesellschaft	101
a)	Problematik	101
b)	Voraussetzungen der Löschung	102
c)	Folgen der Löschung	107
d)	Zusammenfassung	107
2.	Löschung auf Begehren des Buchaktionärs	107
3.	Löschung auf Begehren Dritter	108
III.	Korrektur der Eintragung	108
1.	Korrektur auf eigene Initiative der Gesellschaft	108
2.	Korrektur auf Begehren des Buchaktionärs	109
3.	Korrektur auf Begehren Dritter	109

3. KAPITEL

Bedeutung der Eintragung im Aktienbuch

§ 15	Bedeutung für den Übergang der Mitgliedschaft	111
I.	Problematik	111
II.	Konstitutive Bedeutung	111
1.	Gewöhnliche Namenaktie	111
2.	Vinkulierte Namenaktien insbesondere	112
III.	Deklaratorische Bedeutung	114
IV.	Ergebnis	114
§ 16	Bedeutung für die Legitimation des Aktionärs	115
I.	Problematik	115
II.	Konstitutive Bedeutung	115
III.	Deklaratorische Bedeutung	116
1.	Inhalt	116
2.	Rechtfertigung	118
IV.	Ergebnis	120
§ 17	Bedeutung für den Übergang der Liberierungspflicht	122
I.	Übergang der Liberierungspflicht im allgemeinen	122
1.	Ausgangspunkt	122
2.	Übergang der Liberierungspflicht als Schuldübernahme	123
3.	Eintragungsvermerk	125
II.	Haftung des Zeichners insbesondere	126
§ 18	Fehlende Eintragung	127
I.	Rechtslage zwischen Aktienerwerb und Eintragung im Aktienbuch	127
II.	Rechtslage bei Verweigerung der Eintragung	128
1.	Voraussetzungen der Eintragungsverweigerung	128
2.	Folgen der Verweigerung	129

a) Gesellschaftsrechtlich	129
b) Vertragsrechtlich	129
aa) Allgemeines	129
bb) Börsenhandel	130
c) Wertpapier- und sachenrechtlich	132

§ 19	Exkurs: Bedeutung der Übertragungsgenehmigung bei vinkulierten Namenaktien	133
I.	Problematik	133
II.	Fiktionstheorie	133
III.	Suspensionstheorie	137
IV.	Translationstheorie	139

4. KAPITEL

Schlussfolgerungen

§ 20	Ergebnisse de lege lata	142
I.	Aktienbuch	142
1.	Funktion	142
2.	Form und Inhalt	143
3.	Führungspflicht	143
4.	Kontrolle und Einsichtsrechte	144
5.	Eintragungsverfahren	145
6.	Anspruch auf Eintragung	146
7.	Berichtigung der Eintragung	146
II.	Aktionärswechsel	147
1.	Eintragungsentscheid und Übertragungsgenehmigung	147
2.	Übergang der Liberierungspflicht	147
3.	Übergang der Mitgliedschaftsrechte	148
4.	Legitimation des Aktionärs	148
5.	Bedeutung der Übertragungsgenehmigung insbesondere	148
§ 21	Postulate de lege ferenda	150
I.	Aktienbuch	150
1.	Revisionsbedürftigkeit	150
2.	Revisionsvorschläge	150
II.	Aktionärswechsel	151
1.	Richterrecht	151
2.	Gesetzesrecht	153

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
altOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juli 1881
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung, Fussnote
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe (Autor)
Diss.	Dissertation
E	Erwägung(en)
ebd.	ebenda
Einl.	Einleitung
f./ff.	und folgende Seite(n), Note(n) usw.
FS	Festschrift, Festgabe
gl.M.	gleicher Meinung
Handbuch	Handbuch der Zürcher Effektenbörse, hrsg. vom Effektenbörsenverein Zürich, Zürich 1977
i.V.m.	in Verbindung mit
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
insbes.	insbesondere
lit.	litera, Buchstabe
m.E.	meines Erachtens
MS	Maschinenschrift
N	Note, Randnote
NF	Neue Folge
OR	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
Prot.Exp.Kom.	Protokoll der Expertenkommission zur Revision der Titel XXIV–XXXIII des OR, 1926/28
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
rev.OR	revidiertes OR, im Gegensatz zu altOR
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sem.jud.	La Semaine judiciaire (Genf)
StK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
StenBull. NR/StR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/Ständerat
StGB	Bundesgesetz über das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
vol.	Band
Vorbem.	Vorbemerkungen

vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Bundesgesetz über das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
Zwischenbericht	Zwischenbericht des Präsidenten und des Sekretärs der Arbeitsgruppe für die Überprüfung des Aktienrechtes zum Vorschlag für eine Teilrevision des Aktienrechts (Bern 1972)

LITERATURVERZEICHNIS

- Aellig W.*: Das Aktienbuch und die Kontrollstelle, SAG 35 (1962/63) 275
- Aeppli Urs*: Rechtsprobleme bei der Vererbung von Grossaktionärsstellungen (Diss. Zürich 1973)
- Aschwanden Georg*: Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1955)
- Baldi Peter*: Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft (Diss. Zürich 1975)
- Bär Rolf*: Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321 ff.
- Becker H.*: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd. VI/2, OR 184–551 (Bern 1934)
- Beeler Gaetano*: Die Wertpapiere im schweizerischen Recht (Aarau 1937)
- Bloch Konrad*: Zur Frage der Übertragung und Verpfändung von vinkulierten Namenaktien, SJZ 49 (1953) 317 ff.
- Die Übertragung von Namenaktien nach dem revidierten Schweizerischen Obligationenrecht, SAG 15 (1942/43) 9 ff.
- Böckli Peter*: Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter (Diss. Basel 1961 = BSR 61)
- Boemle Max*: Aktienzertifikate, Interims- und Lieferscheine (Diss. St. Gallen 1955)
- Rechtliche Natur und wirtschaftliche Bedeutung der Interimsscheine, SAG 32 (1959/60) 81 ff.
- Brenner Hanspeter*: Das Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren (Diss. Basel 1951), MS
- Bruderer Hanspeter O.*: Die Namenpapiere (Diss. Zürich 1944)
- Brunner Max*: Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikumsaktiengesellschaften, ASR 444 (Bern 1976)
- Sind vinkulierte Namenaktien keine gesetzlichen Ordrepapiere?, SAG 19 (1946/47) 5 ff.
- Bucher Eugen*: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (Zürich 1979)
- Büchler Hans-Peter*: Das Kontrollrecht der Aktionäre (Diss. Zürich 1971)
- Bürgi Wolfhart Friedrich*: Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht, FS zum 70. Geburtstag von Theo Guhl (Zürich 1950), 199 ff. (zit.: Bürgi, Überlegungen, S.)
- Unverbriefte Aktienrechte und deren Übertragung, SAG 23 (1950/51) 133 ff. (zit.: Bürgi, SAG 23 (1950/51) S.)
- Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V 5b/1, OR 660–697 (Zürich 1957) (zit.: Bürgi, Art. N)
- Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V 5b/2, OR 698–738 (Zürich 1969) (zit.: Bürgi, Art. N)
- Bürgi Wolfhart Friedrich/Nordmann-Zimmermann Ursula*: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V 5b/3, OR 739–771 (Zürich 1979) (zit.: Bürgi/Nordmann, Art. N)
- Capitaine G.*: Le capital social non libéré d'une S.A. avant l'émission des actions, SAG 18 (1945/46) 15 ff.
- Carry Paul*: L'action au porteur non intégralement libérée, in: Mélanges Roger Secrétan, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Montreux 1964), 23 ff. (zit.: Carry, L'action, S.)
- Considérations sur le transfert des actions nominatives, in: Beiträge zum Handelsrecht, FS für Carl Wieland (Basel 1934), 30 ff. (zit.: Carry, Considérations, S.)
- Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives, in: Recueil de travaux de l'assemblée de la société suisse des juristes à Genève, du 4 au 6 octobre 1952, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol. 9 (Genf 1952), 163 ff. (zit.: Carry, Problèmes, S.)
- Charaf Nabil*: L'action nominative liée en droit suisse et en droit français (Diss. Neuenburg 1977)

- Conne Alfred*: Die Namenaktie (Diss. Zürich 1933)
- Contat Jean*: Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts (Diss. Bern 1932)
- Cudkowicz Philipp*: Wertpapierverlust (Zürich 1941) 70 ff. = Kraftloserklärung von Wertpapieren (Diss. Bern 1941)
- Dohm Jürgen*: Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire (Diss. Genève 1971)
- Egger August*: Das Familienrecht, Zürcher Kommentar, Erste Abteilung: Das Eherecht, ZGB 90–251 (2. Aufl., Zürich 1936)
- Eigenmann Ernst J.*: Das Reglement der Aktiengesellschaft, Die AG im neuen OR, Heft 11 (Zürich 1952)
- Einsicht in das Aktienbuch, SAG 35 (1962/63) 1 ff.
- Escher Arnold*: Das Erbrecht, Zürcher Kommentar Bd. III 2., ZGB 537–640 (3. Aufl., Zürich 1960)
- Fatton Jean-Jacques*: La vente de toutes les actions d'une société immobilière (Diss. Lausanne 1949)
- Felber Richard*: Die Direktion der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1949)
- Flattet Guy*: La dissociation des droits de l'action, in: Mélanges François Guisan, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne (Lausanne 1950), 141 ff.
- Forrer Hans R.*: Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung (Diss. Zürich 1959 = ZBR 224)
- Forstmoser Peter*: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, SSHW 30 (Zürich 1978) (zit.: Forstmoser)
- Schweizerisches Aktienrecht Bd. I/1 (Zürich 1981) (zit.: Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht)
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur*: Einführung in das Schweizerische Aktienrecht (2. Aufl., Bern 1980)
- Froidevaux G.*: Können die Rechte aus der vinkulierten Aktie auseinanderfallen?, SAG 24 (1951/52) 38 ff.
- Fromer Leo*: Schutz der Aktiengesellschaft vor fremdem Einfluss, ZSR 80 (1961) I 127 ff.; Zusammenfassung dieses Vortrages in SAG 33 (1960/61) 113 ff.
- Funk Fritz*: Kommentar des Obligationenrechts Bd. 2 (Aarau 1951)
- Glettig Oskar*: Die dinglichen Rechte an Aktien nach schweizerischem Recht (Diss. St. Gallen 1953)
- von Graffenried Rudolf*: Zwillingssaktien, SAG 40 (1968) 145 ff.
- Gubler Ed.*: Zur Verweigerung der Eintragung des Erben von übertragungsbeschränkten Aktien im Aktienbuch, SAG 22 (1949/50) 227 ff.
- Aktien und ihr innerer Wert, SAG 23 (1950/51) 1 ff.
- Guhl Theo*: Übertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch, SAG 13 (1940/41) 29 ff.
- Guhl Theo/Merz Hans/Kummer Max*: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (7. Aufl., Zürich 1980)
- Guldener Max*: Schweizerisches Zivilprozessrecht (3. Aufl., Zürich 1979)
- Haefliger Peter*: Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1978 = ASR 455)
- Hagmann Eugénie*: Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1951)
- Hausheer Heinz*: Erbrechtliche Probleme des Unternehmens, ASR 399 (Bern 1970) = Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht Bd. 17
- Heberlein Robert*: Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation (Diss. Zürich 1969)
- Herren Klaus Werner*: Statutarische Berechtigung zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen (Diss. Bern 1973 = ASR 425)
- Statutarische Berechtigung zum Erwerb von Aktien als Übertragungsbeschränkungen, SAG 47 (1975) 41 ff.
- Hirsch Alain*: L'anonymat de l'actionnaire dans la S.A., in: FS Walther Hug (Bern 1968), 307 ff.
- His Eduard*: Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung, Berner Kommentar Bd. VII 4, OR 927–964 (Bern 1940)
- Jäggi Peter*: Die Wertpapiere, Zürcher Kommentar Bd. V 7a, OR 965–989 und 1145–1155 (Zürich 1959) (zit.: Jäggi, Art. N)

- Jaggi Peter*: Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: FS Max Obrecht (Solothurn 1961), 364 ff. = Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Peter Gauch und Bernhard Schnyder (Zürich 1976), 315 ff. (zit.: Jaggi, Abstimmungsverfahren, S.)
- Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 23 (1950/51) 153 ff., 173 ff., 193 ff. = Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Peter Gauch und Bernhard Schnyder (Zürich 1976), 364 ff.
 - Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958/59) 57 ff., 60 ff. = Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Peter Gauch und Bernhard Schnyder (Zürich 1976), 229 ff.
 - Zur "Spaltung" der Aktienrechte, SAG 33 (1960/61) 65 ff. = Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Peter Gauch und Bernhard Schnyder (Zürich 1976), 456 ff.
 - Die Vinkulierung von Namenaktien gemäss Art. 686 Abs. 2 OR, SAG 18 (1945/46) 137 ff.
 - Anmerkungen zu BGE 83 II 297 ff., ZSR 77 (1958) I 525 ff.
- Käfer Karl*: Die kaufmännische Buchführung, Berner Kommentar Bd. VIII 2., 1. Lieferung: Grundlagen und Kommentar zu OR 957 (Bern 1976)
- Kistler P.*: Kauf von vinkulierten Namenaktien, SAG 30 (1957/58) 251 f.
- Teilweise einbezahlte Aktien, SAG 32 (1959/60) 247 ff.
- Kleiner Beat*: Automation und Mikrofilm im Bankgeschäft aus der Sicht des Juristen, SJZ 69 (1973) 146 ff., 150 ff.
- Investment Trust für vinkulierte Namenaktien, SAG 32 (1959/60) 87 ff.
- Koeferli Rudolf*: Die Nutzniessung an Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien (Diss. Zürich 1954)
- Kohler François*: Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1950 = ASR 278)
- Krafft Mathias-Charles*: La dissociation des droits de l'action nominative. Contribution à l'étude du transfert de l'action nominative en droit suisse (Diss. Lausanne 1963)
- Kummer Max*: Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhaltung der Familienunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang, Berner Tage für die juristische Praxis 1970 (Bern 1972), 109 ff.
- Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR 73 (1954) 163 ff., 193 f.
- Lanz Paul*: Der Eigentumsübergang an vinkulierten Namenaktien, SAG 18 (1945/46) 97 ff.
- Der Erwerb vinkulierter Namenaktien infolge Erbgangs, SAG 17 (1944/45) 1 ff.
 - Die heutige Praxis der vinkulierten Namenaktie, SAG 33 (1960/61) 211 ff., 246 ff.
 - Voraussetzungen der Eintragung des Erwerbers vinkulierter Namenaktien ins Aktienbuch, SAG 30 (1957/58) 233 ff.
- Lanz Paul Ulrich*: Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats (Diss. Bern 1968 = Europ. Hochschulschriften Reihe II Bd. 18)
- Lehner Othmar*: Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SAG 26 (1953/54) 189 ff., 218 ff.
- Lenhard Hansjürg*: Der Erwerb von vinkulierten Namenaktien infolge Erbgangs (Diss. Zürich 1975)
- Lewin Yolanda Verena*: Die Mängel des Aktientitels (Diss. Freiburg 1946)
- Lyk Reto A.*: Entwicklungstendenzen bei der Übertragung schweizerischer kotierter Namenaktien, SAG 51 (1979) 9 ff.
- Neue administrative Vereinfachungen bei Namenaktien, Der Schweizer Treuhänder 1980, Heft 6/7, S. 32 ff. (zit.: Treuhänder, S.)
- Meier-Hayoz Arthur*: Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, in: FS Walther Hug (Bern 1968), 377 ff.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (2./3. Aufl., Bern 1976/78)
- Mercier Jean Jacques*: Le transfert de l'action nominative en droit suisse et allemand (Diss. Lausanne 1935)
- Meyer Kurt*: Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1946)
- Monteil Victor*: Zum Erwerb vinkulierter Namenaktien im Erbgang, in: FS Max Obrecht (Solothurn 1961), 406 ff. = SAG 34 (1961/62) 227 ff., 257 ff.

- Moser Eduard*: Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem sowie nach deutschem und italienischem Recht (Diss. Zürich 1944)
- Müller Emil*: Couponbogen zur Aktie, SJZ 58 (1962) 277 ff.
 – Verpfändung von Namenaktien, SAG 15 (1942/43) 137 ff., 157 ff.
- Müller Richard*: Buchführung und EDV (Diss. Zürich 1977) = Computer und Recht Bd. 5 (Zürich 1977)
- Nahrath Charles*: Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1933)
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm*: Das Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, OR 1–183 (2. Aufl., Zürich 1929)
- Patry Robert*: Précis de droit suisse des sociétés Bd. II (Bern 1977)
- Pestalozzi-Henggeler Regula*: Die Namenaktie und ihre Vinkulierung (Diss. Zürich 1948)
 – Zur Spaltung der Aktienrechte bei vinkulierten Namenaktien, SJZ 56 (1960) 321 ff., 342 ff.
- Pfenninger Conrad*: Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute, SAG 37 (1965) 233 ff.
 – Vinkulierte Aktien in der Praxis, SAG 38 (1966) 81 ff.
 – Vinkulierte Aktien als theoretischer Begriff, SAG 38 (1966) 33 ff.
- Pugatsch Sigmund*: Der Austritt aus der personenbezogenen Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1976)
- Reich Emanuel*: Die vinkulierte Namenaktie (Diss. Basel 1953), MS
- Reichwein Heinz*: Zur Frage der Anonymität des Aktionärs, SAG 42 (1970) 155 ff.
 – Eine Stellungnahme zum Problem der vinkulierten Namenaktie (Bankbroschüre, Zürich 1960), referiert in SAG 33 (1960/61) 13 ff.
- Ribi Hans*: Von der Übertragung der Wertpapiere (Diss. Zürich 1958 = ZBR 218)
- Salzgeber-Dürig Erika*: Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien (Diss. Zürich 1970 = ZBR 345)
- Sautaux Jean*: L'engagement de l'action nominative liée (Diss. Freiburg 1958)
- Schett Alfred*: Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung (Diss. Zürich 1977)
- Schiller H.R.*: Übertragbarkeit von Namenaktien und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch, SAG 13 (1940/41) 193 ff.
- Schlaepfer Arnold*: La vente du capital-actions d'une société anonyme immobilière (Diss. Genève 1948)
- Schlatter Hans*: Die Übertragung von Namenaktien nach geltendem schweizerischem Obligationenrecht, SAG 15 (1942/43) 43 ff.
 – Die Übertragung von Namenaktien nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, SAG 15 (1942/43) 123 ff.
 – Die Verpfändung von Namenaktien, SAG 15 (1942/43) 185 ff.
- Schlegel Eugen*: Die Übertragung von Namenaktien nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht, SAG 15 (1942/43) 77 ff.
- Schluep Walter René*: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (Diss. St. Gallen 1955 = Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen Reihe A, Heft 42)
 – Vinkulierung, in: Revision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 122 ff.
- Schmid Harald*: Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien und umgekehrt ... (Diss. Freiburg i.Ue. 1956)
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter*: Obligationenrecht, Zürcher Kommentar Bd. V 1a, OR 1–17 (Zürich 1973)
- Schönhofer Wolfgang*: "Vinkulierungsklauseln" betreffend Übertragung unter Lebenden von Namenaktien und GmbH-Anteilen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Frankreich (Diss. Regensburg 1972)
- Schucany Emil*: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht (2. Aufl., Zürich 1960) (zit.: Schucany, Art. N)
 – Zur Eintragungsverweigerung vinkulierter Namenaktienübertragungen, SAG 29 (1956/57) 1 ff.
 – Bange Fragen um das Bezugsrecht, ZSR 81 (1962) I 521 ff.
 – Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, SAG 27 (1954/55) 195 ff.

- Schucany Emil*: Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, SJZ 41 (1945) 177 ff.
- Schulthess Hanspeter*: Die vinkulierte Namenaktie (Diss. Basel 1942), MS
- Secrétan Roger*: La notion de "valeur réelle" des actions non cotées au sens de l'article 686 alinéa 4 du CO, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol. 18 (Genève 1964), 117 ff.
- Siegtwart Alfred*: Das Obligationenrecht, Zürcher Kommentar Bd. V 5a, OR 620–659 (Zürich 1965)
- Solcà Carlo*: Société anonyme et droit des successions (Diss. Freiburg i.Ue. 1964)
- Sontag*: Zur Übertragung von Namenaktien, SAG 21 (1948/49) 159
- Spiro Karl*: Verwaltungsrat und Aktienbuch – Ein Beitrag zur Delegation von Kompetenzen und zur Stellung der Minderheit im Verwaltungsrat, SAG 31 (1958/59) 1 ff.
- Spörri Ernst*: Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften (Diss. Bern 1947 = ASR NF 235)
- Stadlin Paul*: Über die Rechtsstellung des Eigentümers von in Nutzniessung stehenden Aktien, SAG 17 (1944/45) 185 ff.
- Staehein Max*: Gedanken zur Dissozierung von Aktienrechten, ZSR 79 (1960) 323 ff.
- Staub G.*: Organisation einer Aktionärskartei mit Adressplatten, SAG 34 (1961/62) 173 ff.
- Stauffer Emmanuel*: L'actionnaire sans titre – ses droits (Genève 1977)
- Stechel Humbert*: Der erbrechtliche Übergang vinkulierter Namenaktien (Diss. Freiburg i.Ue. 1952)
- von Steiger Fritz*: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (4. Aufl., Zürich 1970) (zit.: F. von Steiger, S.)
- Fiduziarischer Aktienbesitz, Gebrauchsleihe, Legitimationsübertragung und Aktienbuch, SAG 35 (1962/63) 42 ff.
 - Die Bedeutung des Aktienbuches nach neuem Obligationenrecht, SAG 11 (1938/39) 97 ff.
 - Berichtigung des Aktienbuches durch die Gesellschaft selbst?, SAG 36 (1964) 57 ff.
 - Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Aktiengesellschaft betreffend die Handlungsfähigkeit von Veräusserer und Erwerber bei der Eintragung in das Aktienbuch, SJZ 59 (1963) 333 ff.
 - Das Vorkaufsrecht und Kaufsrecht an Aktien, SAG 16 (1943/44) 1 ff.
 - Der Zerfall der Ansprüche aus einer Aktie, SAG 23 (1950/51) 116 ff.
- von Steiger Werner*: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar Bd. V 5c, OR 772–827 (Zürich 1965)
- Besprechung von BGE 83 II 297 ff., ZBJV 95 (1959) 96 ff.
- Steiner E.*: Die rechtliche Bedeutung des Aktienbuches, SAG 14 (1941/42) 166 ff.
- Das nichteinbezahlte Grundkapital der Aktiengesellschaft, SAG 17 (1944/45) 192 ff.
 - Die Übertragung der Namenaktien durch Indossament, SAG 11 (1938/39) 213 ff.
- Strauli Hans/Messmer Georg/Wiget Felix*: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Zürich 1976)
- Teitler Eric*: Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1969)
- Tenger Samuel H.*: Die Transaktion in Namenaktien an Schweizer Börsen (Diss. Zürich 1955)
- Thilo Emile G.*: Coup d'oeil sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la société anonyme, SAG 31 (1958/59) 144 ff.
- Du refus d'agréer le transfert d'actions nominatives, JT 94 (1946) I 34 ff.
 - A propos du transfert des actions nominatives, SAG 30 (1957/58) 183 ff. = JT 106 (1958) I 226 ff.
- Trüb Hans*: Die Eigentumsübertragung an vinkulierten Namenaktien und Anteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Diss. Bern 1947)
- von Tuhr Andreas/Peter Hans/Schulin Hermann*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I (3. Aufl., Zürich 1974/79)
- von Tuhr Andreas/Escher Arnold/Schulin Hermann*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II (3. Aufl., Zürich 1974)
- Tuor Peter/Piconi Vito*: Das Erbrecht, Berner Kommentar Bd. III 2., ZGB 537–640 (Bern 1964)
- Vischer Frank*: Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: FS Wilhelm Schönenberger (Freiburg i.Ue. 1968), 345 ff.

- Vogel Hans Albrecht*: Die Familienaktiengesellschaft (Diss. Zürich 1974 = SSHW 4) (zit.: H.A. Vogel, S.)
- Vogel Joachim*: Die Übertragung vinkulierter Namenaktien nach deutschem Recht (Diss. Lausanne 1967) (zit.: Vogel, S.)
- Walder Hermann*: Veräusserung und Erwerb eines in der Form der Aktiengesellschaft bestehenden Unternehmens nach schweizerischem Recht (Zürich 1959)
- Weber Werner*: Das Stimmrecht bei Aktien in Nutzniessung (Diss. Zürich 1927)
- Weiss Gottfried*: Zum schweizerischen Aktienrecht, ASR 385 (Bern 1968, ursprünglich Einl. zu OR 620–771 im Berner Kommentar Bd. VII 2, Bern 1956)
- Wettstein Georg*: Die nicht voll einbezahlte Aktie (Diss. Zürich 1948)
- Widmer K.*: Statutarische Vorkaufs- und Vorhandrechte an Aktien, SAG 40 (1968) 1 ff., 40 ff.
- Widmer Niklaus Carl*: Die Abspaltung der Aktionärsrechte (Diss. St. Gallen 1969)
- Wieland Alfred*: Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem revidierten Obligationenrecht, BSR 18 (Basel 1945)
- Zur Bedeutung des Aktienbuches, SAG 26 (1953/54) 57 ff.
 - Die rechtliche Bedeutung des Indossamentes und das Eigentumsrecht an der Aktienurkunde bei vinkulierten Namenaktien nach rev.OR, SJZ 47 (1951) 217 ff.
 - Das Eigentum an vinkulierten Namenaktien und die Rechtsmittel des Aktionärs vor seinem Eintrag im Aktienbuch, SJZ 42 (1946) 65 ff.
 - Nochmals zur Frage nach dem Eigentum an vinkulierten Namenaktien, SAG 18 (1945/46) 177 ff.
 - Zur Frage der Veräusserlichkeit vinkulierter Namenaktien, SAG 13 (1940/41) 109 ff.
 - Vinkulierte Namenaktien, SAG 21 (1948/49) 77 ff.
 - Wie weit sind vinkulierte Namenaktien ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragbar oder verpfändbar?, SJZ 50 (1954) 124 ff.
 - Sind vinkulierte Namenaktien Ordre- oder Namenpapiere?, SAG 19 (1946/47) 119 ff.
 - Die Umwandlung der Aktien durch die AG im Konflikt mit wohl erworbenen Rechten des Aktionärs, SAG 25 (1952/53) 165 ff.
 - Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie, SJZ 48 (1952) 1 ff., 17 ff.
- Winkler Max Bernhard*: Das Aktienbuch (Diss. Bern 1940)
- Wolf Elias*: Aktienvinkulierung und Börse, SAG 33 (1960/61) 72 ff.

§ 1 Einleitung

I. Problem

Bekanntlich besteht eine grosse Flut von Literatur über die vinkulierte Namenaktie¹. Auffälligerweise hat die Zahl der Publikationen nach dem zweiten Entscheid des Bundesgerichtes über die "Spaltungstheorie"² stark abgenommen³, obwohl mit diesem Urteil die Probleme keineswegs gelöst und längst nicht alle Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt sind⁴.

Zwar sucht man in der Rechtswirklichkeit mit der "Spaltungstheorie" zu leben, doch wird die von ihr bewirkte "Spaltung" der Mitgliedschaftsrechte allseits als unbefriedigend empfunden⁵. Deshalb sucht man auf verschiedenen Wegen nach Lösungen, welche das Auseinanderfallen der Mitgliedschaftsrechte verhindern⁶.

Insbesondere aber besteht Unklarheit über die Funktion des Aktienbuches und über die Zusammenhänge zwischen Vinkulierung und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch. Die vorliegende Arbeit möchte diesen Problemkreis erhellen.

II. Anlass

Aktueller Anlass zur Prüfung dieser Problematik ist der Umstand, dass bei den Bemühungen um die Revision des schweizerischen Aktienrechts ein neuer Anlauf genommen wird. In den bisherigen Reformbestrebungen sind die Fragen der Vinkulierung und der Eintragung im Aktienbuch zwar aufgegriffen, aber nicht befriedigend gelöst worden⁷.

Nun hat der Bundesrat im Frühjahr 1979 eine neue Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Christoph von Greyerz bestellt, um den im Vernehm-

1 Dies wird von vielen Autoren festgestellt; so neuestens von Schluep, SAG 48 (1976) 122 Anm. *. Ferner lässt sich dies auch aus den umfangreichen Literaturverzeichnissen zu diesem Thema ersehen.

2 BGE 90 II 235 ff.

3 Nach 1964 sind namentlich erschienen die Arbeiten von Lenhard, Baldi, Salzgeber-Dürig und Widmer sowie die SAG-Aufsätze von Lyk und Schluep. Leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte Dieter von Graffenried, Übertragbarkeit und Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen ..., Diss. Bern 1981 = ASR 469.

4 So bleiben schwierige Fragen nach der Funktion des Indossaments bei der vinkulierten Namenaktie und dem in ihr verkörperten Recht ohne eingehende höchstrichterliche Klärung.

5 Vgl. etwa Schluep, SAG 48 (1976) 136; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 23; Bär, ZSR 85 (1966) II 342 ff.

6 So neuestens Lyk, SAG 51 (1979) 11 ff. und Treuhänder 33.

7 Schluep, SAG 48 (1976) 130 und 136. Schon in einem Postulat Schürmann vom 13. Juni 1960 wird eine Revision des Schweizerischen Obligationenrechts gefordert, um die Spaltung auszuschliessen; vgl. Wolf, SAG 33 (1960/61) 73; Pfenniger, SAG 37 (1965) 236.

lassungsverfahren stark kritisierten Vorentwurf der Kommission Tschopp nochmals zu überprüfen. Dem Vernehmen nach wurde der Entwurf der neuen Kommission Ende 1980 an den Bundesrat abgeliefert, und Ende 1981, spätestens aber 1982, soll die Botschaft an die Eidgenössischen Räte vorliegen, falls es nicht doch noch zu einem weiteren Vernehmlassungsverfahren kommt. Eine generelle Prüfung der Fragen um das Aktienbuch und sein Verhältnis zur Vinkulierung kann daher für die Reformbemühungen nützlich sein.

Indessen besteht die Gefahr, dass sich weitere Verzögerungen ergeben und die parlamentarischen Beratungen etwelche Zeit in Anspruch nehmen werden, weshalb die Novelle möglicherweise nicht schon in naher Zukunft realisiert werden kann. Auch ist noch sehr ungewiss, ob die Reform überhaupt gelingt, denn nicht wenige möchten alles beim alten lassen. Selbst wenn in einigen Jahren ein revidiertes Aktienrecht vorliegen wird, ist keineswegs sicher, dass es dannzumal auch im Bereich von Aktienbuch und Vinkulierung neues Recht gibt. Unter diesen Umständen kann eine erneute Analyse zeigen, ob nicht schon *de lege lata* bessere Lösungen möglich sind.

III. Konzept

Daraus folgt das *Ziel* dieser Untersuchung: Die Fragen nach dem Aktienbuch und seiner Bedeutung für die Mitgliedschaft sollen analysiert, die bisher geäusserten Auffassungen gesichtet und Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* und *de lege ferenda* geprüft werden.

Dies ergibt die folgende *Gliederung*: In einem ersten Kapitel sind die Grundlagen des Aktienbuches, insbesondere Begriff, Funktion und äussere Beschaffenheit, darzustellen. Die Eintragung und die Einzelheiten des Eintragsverfahrens sollen im zweiten Kapitel näher untersucht werden. Die Bedeutung der Eintragung im Aktienbuch ist Gegenstand des dritten Kapitels, während im abschliessenden vierten Kapitel die Schlussfolgerungen zusammenzufassen sind.

Da sich die Arbeit hinsichtlich Aufwand und Umfang in einem vernünftigen Rahmen bewegen soll, muss das Thema gewisse *Einschränkungen* erfahren. So kann die Vinkulierungsproblematik nur so weit einbezogen werden, als sie in direkter Beziehung zum Aktienbuch steht. Auch bei diesem reduzierten Bereich wird man sich zuweilen mit blossen Hinweisen begnügen müssen. Sodann kann im wesentlichen nur der Aktionärswechsel mit Übertragung der Aktie zu Eigentum behandelt werden, während andere Übertragungsarten wie Nutzniessung und Pfand nur am Rand erwähnt werden können. Schliesslich muss die Bearbeitung — obgleich ein Blick über die Landesgrenzen verlockend sein könnte — angesichts der Fülle des Materials strikte auf die Schweizer Literatur und Judikatur begrenzt bleiben und selbst hier kann nur bei zentralen Fragen Vollständigkeit angestrebt werden. Aus den gleichen Gründen wird die Literatur zum alten Obligationenrecht nur dann beigezogen, wenn sie schon direkte Bezüge zum geltenden Recht aufweist.

1. KAPITEL

Grundlagen des Aktienbuches

§ 2 Begriff

I. Übersicht

Um die Grundlagen für eine Definition des Begriffes Aktienbuch zu gewinnen, soll zunächst der Wortlaut des Gesetzes betrachtet werden (nachstehend II.). Sodann sind die Auffassungen in der Rechtslehre zu untersuchen (nachstehend III.). Daran schliesst sich die Auswertung der spärlichen Gerichtsurteile an (nachstehend IV.). Hierauf werden die Ergebnisse zusammengefasst und eine Definition formuliert (nachstehend V.).

II. Wortlaut des Gesetzes

Das Gesetz beschäftigt sich in OR 685–687 ausdrücklich mit dem Aktienbuch. Für den Begriff des Aktienbuches bedeutungsvoll ist davon namentlich OR 685 I, welcher lautet:

“Die Gesellschaft hat über die Eigentümer der Namenaktien ein Aktienbuch zu führen, in das die Aktionäre mit Namen und Wohnort eingetragen werden.”

Für den Begriff des Aktienbuches ergeben sich daraus folgende Merkmale:

- Die AG ist *verpflichtet*, ein Aktienbuch zu führen, wenn Namenaktien bestehen¹.
- Das Aktienbuch ist für *Namenaktien* zu führen. Dabei ist belanglos, ob die Aktien vinkuliert sind oder nicht. Für Inhaberaktien hingegen gibt es kein Aktienbuch. Führt eine Gesellschaft trotzdem eine Liste ihrer Inhaberaktionäre, so ist diese rechtlich irrelevant².
- Bezüglich des *Inhalts* verlangt das Gesetz, dass die Eigentümer von Namenaktien mit Namen und Wohnort eingetragen werden³. Daraus ergibt sich, dass das Aktienbuch ein Register der Namenaktionäre oder ein Gesellschafterverzeichnis⁴ sein muss⁵.

1 Über Umfang und Natur dieser Pflicht vgl. § 5 hienach.

2 Vgl. sogleich bei Anm. 9 sowie § 3 II. 4.

3 Näheres zum Inhalt hinten in § 13.

4 In der Literatur ist auch vielfach von “Mitgliederverzeichnis” die Rede.

5 Zur Form vgl. hinten § 4.

III. Literatur

1. Begriffsumschreibung in der Doktrin

Soweit ersichtlich, hat in der Doktrin einzig Winkler eine umfassende Definition des Aktienbuches aufgestellt, während sich die anderen Autoren in der Regel mit der Beschreibung einzelner Aspekte begnügen.

Winkler definiert "das Aktienbuch als ein gesetzlich vorgeschriebenes, internes Register der Namenaktionäre mit gesetzlich bestimmten Rechtswirkungen, aus welchem der Aktionärsbestand als solcher und die jeweiligen Änderungen, die er erfährt, ersichtlich sind"⁶.

2. Die Begriffselemente im einzelnen

a) Das Aktienbuch ist – wie in der Lehre überall betont wird – ein *gesetzlich vorgeschriebenes Gesellschafterverzeichnis*⁷.

b) Unbestritten ist auch, dass es sich beim Aktienbuch um ein *Register der Namenaktionäre* handelt⁸. Zuweilen führen Gesellschaften auch Adresslisten von Inhaberaktionären. Abgesehen davon, dass solche Listen wegen der freien Übertragbarkeit der Inhaberaktien kaum auf praktikable Weise nachgeführt werden können, fehlt ihnen eine besondere rechtliche Bedeutung. Namentlich können sie nie Aktienbuch sein⁹.

c) Den *Mindestinhalt* des Aktienbuches bildet die Übersicht über den jeweiligen *Bestand an Namenaktionären* mit deren *Namen* und *Wohnort*¹⁰ sowie dem *Umfang ihrer Kapitalbeteiligung*¹¹. Entgegen einer verschiedentlich geäußerten Auffassung stellt das Gesetz keine weiteren zwingenden Anforderungen an den Inhalt des

6 S. 16.

7 Winkler 13; F. von Steiger 28; Pestalozzi-Henggeler 42; Lyk, Treuhänder 32; Moser 83; Forrer 234; Schucany, OR 685 N 1; SAG 28 (1955/56) 73; Stechel 4; Reich 23; Ribl 251; Schulthess 26; Brenner 162. – Näheres dazu in § 5 II. 1.

8 Winkler 13; F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Pestalozzi-Henggeler 42 f.; Funk, OR 685 f. N 1; Forrer 234; Brenner 162; SAG 33 (1960/61) 154; Guhl/Merz/Kummer 623; Trüb 16.

9 Vgl. Winkler 14; Reich 23; Forrer 234; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 98. Insbesondere sind die Regeln über das Aktienbuch entgegen Bürgi, OR 688 N 24, Boemle 102 f. und ders., SAG 32 (1959/60) 86 f. bei Nameninterimsscheinen für unvollständig liberierte *Inhaberaktien* bestenfalls analog anwendbar; für blosse Analogie auch Bürgi, SAG 23 (1950/51) 135 ff. – Über die Verwendung solcher Listen in der Rechtswirklichkeit vgl. § 7 III.

10 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Forrer 239; Moser 83; Ribl 252; Winkler 13; Conne 80; Böckli 91; Reich 24; Schulthess 26; Trüb 16.

11 Funk, OR 685 f. N 1. Dieses letzte Element wird – weil im Gesetz nicht genannt – meist übersehen. Es ergibt sich jedoch zwingend aus dem Umstand, dass jede Mitgliedschaftsstelle einem Aktionär zugeordnet werden muss, vgl. dazu § 4 IV.

Aktienbuches. Namentlich brauchen frühere Aktionärswechsel nicht mehr erkennbar zu sein¹², und auch die genaue Adresse muss nicht von Gesetzes wegen eingetragen sein¹³. Dieser Umstand ist von Bedeutung, weil je nach der Form, die für das Aktienbuch gewählt wird¹⁴, frühere Aktionäre u.U. nicht mehr feststellbar sind¹⁵.

d) Dass das Aktienbuch als Institut des Aktienrechts *bestimmte Rechtswirkungen* hat – wie namentlich in der Definition von Winkler¹⁶ betont wird –, ist eine Tautologie. Welches diese Rechtswirkungen des Aktienbucheintrages im einzelnen sind, ist Gegenstand des 3. Kapitels.

e) Das Aktienbuch ist ein *gesellschaftsinternes* Register¹⁷. Dies wollen auch die Autoren ausdrücken, welche – etwas missverständlich – von einem privaten Mitgliederverzeichnis sprechen¹⁸.

f) Aus dem internen Charakter des Aktienbuches wird allgemein und mit Recht abgeleitet, dass ihm *kein öffentlicher Glaube* zukommt, denn es hat nichts mit einem öffentlichen Register, wie etwa dem Handelsregister, gemein¹⁹.

g) Weil das Aktienbuch nur gesellschaftsinterne Bedeutung hat, kommt ihm nach richtiger Auffassung auch *keine Publizitätsfunktion* zu²⁰.

h) Das Aktienbuch ist nach herrschender Ansicht *kein Geschäftsbuch*, denn es dient nicht der Darstellung der Vermögenslage der Gesellschaft²¹. Dass das Aktien-

12 A.M. offenbar Winkler 16.

13 Sie ist aber im Hinblick auf die schriftlichen Mitteilungen an die Namenaktionäre (OR 682 II, 696 IV) zweifellos nützlich. Allein aus der Tatsache, dass das Gesetz schriftliche Mitteilungen der Gesellschaft an die Namenaktionäre vorsieht, folgt jedoch *nicht zwingend*, dass die Gesellschaft die Adressen der Namenaktionäre *im Aktienbuch* festhalten muss, obwohl dies in der Regel zweckmässig sein dürfte. A.M. Schucany, OR 685 N 1; Funk, OR 685 f. N 1; Pestalozzi-Henggeler 44; Bürgi, OR 685 N 5; SAG 28 (1955/56) 73.

14 Vgl. dazu § 4.

15 Überklebung von Bucheinträgen, Entfernung alter Karteikarten, Löschung überholter Daten auf elektronischen Datenträgern usw.

16 Soeben vor Anm. 6; vgl. aber auch SAG 28 (1955/56) 73.

17 Stechel 4; Forrer 237; Nahrath 34 f.

18 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 100; Bürgi, OR 685 N 8; Funk, OR 685 f. N 1; Pestalozzi-Henggeler 47, ferner 42; Reich 23. Moser 83 spricht von einem privatrechtlichen Register, meint damit aber vermutlich das gleiche wie alle vorgenannten Autoren, nämlich ein privates Verzeichnis.

19 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 100; Bürgi, OR 685 N 8; Funk, OR 685 f. N 1; Pestalozzi-Henggeler 47; Conne 86; Mercier 168; Reich 25; Nahrath 35; Moser 83; Ribl 252; Winkler 16; Weber 21; Brenner 162.

20 Pestalozzi-Henggeler 47; Winkler 15; Stechel 4; Wieland 34; Kummer, ZSR 73 (1954) 193 f.; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 180; Ribl 252; Mercier 168. Nach Auffassung der Mehrheit dieser Autoren ist auch gesellschaftsinterne Publizität rechtlich ausgeschlossen. – Zur Publizität des Aktienbuches allgemein vgl. hinten § 7.

21 OR 957; Bürgi, OR 685 N 8, 27; His, OR 957 N 33; Forrer 237; SAG 28 (1955/56) 73; Winkler 16; Büchler 39; Schucany, OR 685 N 1; Funk, OR 685 f. N 1; Pestalozzi-Henggeler 42, 44; Böckli 92; Ribl 252; Moser 83; Nahrath 34; Conne 80 mit weiteren Hinweisen; Mercier 166; Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 4; Wieland 34; Trüeb 23; unentschieden Käfer, OR 957 N 201 und Spiro, SAG 31 (1958/59) 14 f.; a.M. F. von Steiger 28; ders., SAG 11

buch bei nicht voll liberiertem Grundkapital für die Bestimmung des Liberierungsschuldners der Gesellschaft von Bedeutung ist²², macht es noch nicht zum Geschäftsbuch²³.

IV. Judikatur

Es gibt nur wenige Urteile höherer Gerichte, die sich mit dem Begriff des Aktienbuches befassen, und selbst diese Erwägungen beschränken sich auf cursorische Bemerkungen. Im einzelnen sind den Entscheidungen folgende Gesichtspunkte zu entnehmen:

- Das Aktienbuch ist ein gesetzlich vorgeschriebenes Verzeichnis der Namenaktionäre²⁴.
- Es ist ein privates Verzeichnis, dem auch im internen Gebrauch bestenfalls eine beschränkte Publizitätsfunktion zukommt²⁵.
- Das Aktienbuch gehört nicht zu den in OR 961 genannten Geschäftsbüchern²⁶.

V. Eigene Definition

Aus den vorstehenden Untersuchungen ergeben sich folgende Bestandteile für eine vorläufige Definition des Aktienbuches:

- Die Aktiengesellschaft ist zur Führung des Aktienbuches verpflichtet.
- Beim Aktienbuch handelt es sich um ein Gesellschafterverzeichnis, das auf die Gesellschafterkategorie der Namenaktionäre beschränkt ist.
- Die Namenaktionäre sind mindestens mit Namen, Wohnort und Umfang der Kapitalbeteiligung einzutragen, woraus folgt, dass das Aktienbuch den jeweiligen Bestand an Namenaktionären wiedergeben soll.
- Das Aktienbuch ist ein gesellschaftsinternes Verzeichnis ohne Publizitätsfunktion und ohne öffentlichen Glauben.
- Das Aktienbuch gehört nicht zu den Geschäftsbüchern.

(1938/39) 100. Nach der – allerdings nicht ganz einleuchtenden – Differenzierung von Schulthess 26 f. und Reich 23 fällt das Aktienbuch zwar nicht unter OR 957 ff., gehört aber zu den Geschäftsbüchern im weiteren Sinne und unterliegt in diesem Umfange den Vorschriften über die kaufmännische Buchführung.

22 Vgl. § 3 II. 3. und § 17.

23 A.M. Käfer, OR 957 N 201.

24 BGE 90 II 171.

25 BGE 90 II 174.

26 BGE 69 II 315.

Das *Aktienbuch* lässt sich somit *definieren* als gesetzlich vorgeschriebenes, mindestens Namen, Wohnort und Kapitalbeteiligung der Namenaktionäre umfassendes Register, welches nur gesellschaftsinterne Funktion hat und nicht zu den Geschäftsbüchern gehört.

§ 3 Zweck

I. Allgemeines

Während bei der Definition in § 2 die notwendigen Eigenschaften des Aktienbuches umschrieben und im 3. Kapitel seine Auswirkungen untersucht werden, geht es hier um die Ziele, die der Gesetzgeber mit diesem Institut verfolgt. Sie werden im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, ergeben sich aber ohne weiteres aus den einschlägigen Normen¹. In der Doktrin werden vier verschiedene Zwecke genannt, die das Aktienbuch erfüllen soll. In der Reihenfolge ihrer praktischen Bedeutung sind unter II. nacheinander zu behandeln:

- die Legitimation der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft (dazu nachstehend 1.);
- die Übersicht über die Gesellschafter (dazu nachstehend 2.);
- die Übersicht über die Haftungsverhältnisse bei unvollständig liberiertem Grundkapital (dazu nachstehend 3.);
- Adressverzeichnis für Mitteilungen an die Gesellschafter (dazu nachstehend 4.).

Allgemein lässt sich sagen, dass das Aktienbuch im Interesse und zum Schutze der Gesellschaft besteht². Es ist somit ein Instrument der Gesellschaft selber, das ihr zu verschiedenen, anschliessend einzeln zu betrachtenden Zwecken dient³. Ausgeschlossen ist hingegen seine Verwendung für die spezifischen Eigeninteressen eines Organs⁴. Erst recht steht sein Einsatz für Drittinteressen ausser Frage.

II. Die einzelnen Zwecke

1. Legitimation der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft

Inhaberaktionäre legitimieren sich durch den blossen Titelbesitz⁵. Sie können also ohne weiteres Mitgliedschaftsrechte ausüben, wenn sie sich über den Besitz von Inhaberaktien ausweisen.

Wesentlich anders verhält es sich bei der Namenaktie. Diese ist im Normalfall ein Ordrepapier und ausnahmsweise – als Rektaaktie – ein Namenpapier⁶. In beiden

¹ OR 685 ff.

² BGE 65 II 230; ZR 39 (1940) 218 Nr. 97; Funk, OR 685 f. N 1; Haefliger 44; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 175; Glettig 32; ferner Forrer 235; Schulthess 27.

³ Daran ändert nichts, dass die korrekte Führung des Aktienbuches auch im Interesse des einzelnen Aktionärs liegt, vgl. hinten § 6 I.

⁴ Namentlich etwa die unerwünschte Bevormundung der Generalversammlung durch die Verwaltung.

⁵ OR 689 IV, 978 f.; statt vieler Bürgi, OR 683 N 2 mit Hinweisen und Funk, OR 683 N 1.

⁶ OR 684; statt vieler Bürgi, OR 684 N 3.

Fällen müsste die Gesellschaft jedesmal auf umständliche Art und Weise die Legitimation eines Ansprechers prüfen, bevor sie ihn zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten zulassen dürfte⁷. Hievon wird die Gesellschaft durch das Aktienbuch entlastet. Es dient zuerst und vor allem zur Legitimation des Aktionärs für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft⁸. Die Vereinfachung liegt darin, dass die Legitimation nur einmal – nämlich anlässlich der Eintragung ins Aktienbuch – überprüft werden muss⁹. Hernach darf sich die Gesellschaft auf den Eintrag im Aktienbuch verlassen und kann dem eingetragenen Ansprecher ohne weitere Legitimationsprüfung die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gestatten¹⁰.

Über Umfang und Tragweite dieser Legitimation – wie auch über die Wirkung der Eintragung – gehen die Meinungen weit auseinander¹¹. Die detaillierte Darstellung dieser Fragen ist Gegenstand des 3. Kapitels und dort besonders des § 16.

2. Übersicht über die Gesellschafter

Zu verschiedenen Zeiten, namentlich aber unmittelbar vor und während des Zweiten Weltkrieges, hat sich für international tätige Gesellschaften das Problem des Nachweises ihres nationalen Charakters bzw. die Gefahr der Überfremdung gestellt¹². Den schweizerischen Gesellschaften bietet das OR in der Gestalt des Aktienbuches ein Mittel für den Nachweis der schweizerischen Beherrschung des Grundkapitals und damit des schweizerischen Charakters der Gesellschaft¹³. Denn das Aktienbuch ist ein Verzeichnis der Namenaktionäre¹⁴. Es verschafft ganz allgemein der Gesellschaft den Überblick über die Gesellschafter mit Namenaktien und über die Verteilung der Namenaktien auf diese Gesellschafter¹⁵. Die Gesellschaft kann sich

7 Stechel 8; Wieland 23; ders., SAG 26 (1953/54) 60; Haeffliger 44; Glettig 32.

8 Diesem Aspekt wird daher im folgenden besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

9 Näheres dazu in § 10 hienach.

10 OR 685 IV; Haeffliger 44; Stechel 8 f.; Funk, OR 685 f. N 1; Guhl/Merz/Kummer 623; Winkler 38, 7 f.; Wieland, SAG 26 (1953/54) 60; SAG 28 (1955/56) 73; Ribi 252; Pestalozzi-Henggeler 53, 42; Bürgi, OR 685 N 12, 14, 9 a.E.; Moser 83, 84; Conne 83; ferner Stauffer 42; Solcà 17; Bär, ZSR 85 (1966) 381 ff., besonders Anm. 93; Forrer 235; Böckli 105, 96; Widmer 82.

11 Vgl. die soeben Anm. 10 zit. Autoren.

12 Schmid 72; Bürgi, OR 686 N 20, 24 und Vorbem. zu OR 683 ff. N 9; ders., Überlegungen 208; Pestalozzi-Henggeler 93; Hirsch 309; Glettig 49 und vor allem Wieland, SJZ 48 (1952) 1; Fromer, ZSR 80 (1961) I 127; Brunner 114 sowie Böckli 111 mit weiteren Hinweisen.

13 Über die Publizität des Aktienbuches und den Persönlichkeitsschutz der Aktionäre Näheres in § 4 vor Anm. 32 und in § 7.

14 Vgl. vorn § 2 V.

15 Mercier 166; Schulthess 27; Herren 99.

daher anhand des Aktienbuches über die ungefähren¹⁶ Macht- und Mehrheitsverhältnisse in der Generalversammlung orientieren¹⁷. Will eine Gesellschaft nicht bloss anhand des Aktienbuches Beteiligungsveränderungen feststellen, sondern diese aktiv beeinflussen, so vinkuliert sie die Namenaktien, wodurch das Aktienbuch zu einem Kontrollinstrument aufgewertet wird, das je nach Art der Vinkulierung eine mehr oder weniger weitgehende Steuerung der zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zugelassenen Aktionäre erlaubt¹⁸.

Näheres zu diesem Problemkreis ist in § 19 ausgeführt.

3. Verzeichnis der Liberierungsverpflichteten

Ist das Grundkapital noch nicht vollständig einbezahlt, so erhält das Aktienbuch beim Gesellschafterwechsel besondere Bedeutung: Der neue Gesellschafter wird mit dem Eintrag im Aktienbuch Schuldner der Liberierungsforderung der Gesellschaft¹⁹, und der bisherige Gesellschafter wird gleichzeitig entlastet²⁰. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint das Aktienbuch als Schuldnerverzeichnis für den nicht liberierten Teil des Grundkapitals²¹. Will oder muss die Gesellschaft nun das ganze nicht einbezahlte Grundkapital oder Teile davon einfordern, so kann sie sich ohne weiteres an die im Aktienbuch verzeichneten Gesellschafter halten. Gleiches gilt für die Konkursverwaltung, wenn die AG vor der Einzahlung des gesamten Grundkapitals in Konkurs fällt.

Näheres zur Bedeutung des Aktienbuches hinsichtlich der Haftung für die Restliberierung des Grundkapitals beim Gesellschafterwechsel findet sich in § 17.

4. Adressverzeichnis für Mitteilungen an die Gesellschafter

Das Gesetz sieht verschiedentlich vor, dass die Gesellschaft persönliche Mitteilungen an die Namenaktionäre erlässt²². Enthält nun das Aktienbuch über den gesetzlichen

16 Weshalb das Aktienbuch nicht in allen Fällen präzise Angaben liefern kann, findet sich in den §§ 14 ff. Hier sei vorerst nur an die Möglichkeit fiduziarischer Aktionäre erinnert: Böckli 105.

17 Böckli 105; ferner Bürgi, OR 685 N 12 und Pestalozzi-Henggeler 42.

18 Vgl. etwa Bürgi, OR 686 N 6; Pestalozzi-Henggeler 91, 156; Schmid 71; Glettig 55; Forrer 234, 235.

19 OR 687 I.

20 OR 687 III. Für den zeichnenden Aktionär ist noch die Sonderregel von OR 687 II (subsidiäre Haftung während zweier Jahre seit der Eintragung im Handelsregister) zu beachten. Vgl. zu den Details § 17 II.

21 Bürgi, OR 685 N 13; Forrer 234; Winkler 8; Krafft 120; Funk, OR 685 f. N 1; BGE 65 II 230.

22 Vgl. OR 696 IV; 682 II.

Mindestinhalt hinaus²³ die genaue Adresse der Aktionäre, so kann es als Adressverzeichnis für die genannten Mitteilungen an die Aktionäre verwendet werden. Die offenbar unbestrittene Auffassung der Doktrin hält diese Verwendung als Adressverzeichnis für einen weiteren Zweck des Aktienbuches²⁴.

Dies ist aus zwei Gründen unrichtig. Zunächst einmal gehört die genaue Adresse nicht zum gesetzlichen Mindestinhalt des Aktienbuches²⁵. Dann aber verlangt das Gesetz weder ausdrücklich noch sinngemäss, dass diese Mitteilungen anhand des Aktienbuches ergehen müssen. Einzig aus der Tatsache, dass diese Aufgabe in der Regel zweckmässigerweise mit Hilfe des Aktienbuches gelöst wird, kann man nicht ableiten, dass das Gesetz diese Lösung zwingend vorschreibt. Das Gesetz verlangt nur die persönliche Benachrichtigung der Namenaktionäre und stellt es der AG völlig frei, wie sie diese Aufgabe lösen will. Es besteht daher kein sachlich zwingender Grund, den Spielraum einzuschränken, den das Gesetz der AG einräumt²⁶. Genau besehen ist daher die Verwendung des Aktienbuches als Adressverzeichnis für die Mitteilungen an die Aktionäre nicht ein gesetzlich motivierter Zweck dieses Institutes, sondern die Folge einer vernünftigen Organisation der Verwaltungstätigkeit einer AG.

Näheres dazu findet sich in § 13 über den Inhalt und im 3. Kapitel über die Wirkungen der Eintragung im Aktienbuch.

23 Vgl. vorn § 2 III. 2. c).

24 Bürgi, OR 685 N 13; Winkler 38; F. von Steiger 51; Guhl/Merz/Kummer 639; ferner Krafft 121.

25 Vgl. vorn § 2 III. 2. c) und hinten § 13.

26 Sie kann also z.B. ausserhalb des Aktienbuches ein Adressverzeichnis der Aktionäre führen.

§ 4 Form

I. Allgemeines

Das Gesetz bestimmt weder etwas über die äussere Form¹ noch über die organisatorischen und technischen Fragen des Aktienbuches. Aus OR 685 I lässt sich bloss entnehmen, dass das Aktienbuch ein Verzeichnis oder Register sein muss, in dem die Aktionäre mit Namen, Wohnort und Kapitalbeteiligung verzeichnet sind². Trotzdem gibt es Anhaltspunkte über die formellen Erfordernisse, denen ein Aktienbuch genügen muss, wenn es seine Aufgabe erfüllen soll.

Im einzelnen ist zu unterscheiden:

II. Benennung

Winkler³ hält mit Recht fest, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, welchen Namen man dem Aktienbuch gibt⁴. Ob man es nun Aktienregister, Register der Gesellschaft⁵, Verzeichnis der Gesellschafter, Verzeichnis der Aktionäre oder eben Aktienbuch nennt, ist in der Tat sekundär. Entscheidend sind hingegen nicht nur – wie Winkler meint⁶ – Zweck und Inhalt des Registers, obwohl dies natürlich im Vordergrund steht. Es kommt weiter dazu, dass das Verzeichnis auch geeignet sein muss, diesen Zweck zu erfüllen. Mit anderen Worten muss es minimalen Anforderungen organisatorisch-technischer Art genügen⁷, damit ein Aktienbuch im Rechtssinne vorliegt.

Wenn es auch nicht auf die Bezeichnung ankommt⁸, ob ein Aktienbuch vorliegt oder nicht, so ist damit nicht gesagt, die Benennung sei völlig gleichgültig. Man kann sie nämlich mehr oder weniger zweckmässig wählen. Vorliegendenfalls entspricht es der Zweckmässigkeit, wenn alles das, aber auch nur das, was ein Aktienbuch im juristischen Sinne ist, so bezeichnet wird. Namentlich sollten andere Hilfsregister, wie etwa Aktionärsverzeichnisse bei Inhaberaktien⁹, auch einen anderen Namen tragen. Diese Terminologie führt zu grösserer Klarheit.

1 Ebenso Winkler 14; F. von Steiger 28; Pestalozzi-Henggeler 42, 43; Conne 80 mit weiteren Hinweisen; ferner Ribi 252.

2 F. von Steiger 28; vgl. im übrigen vorn § 2 Anm. 10.

3 S. 14.

4 Vgl. auch Pestalozzi-Henggeler 43; Mercier 168 mit Hinweisen.

5 Winkler 14.

6 S. 14; vgl. ferner Mercier 168.

7 Wie unter III. und IV. hernach gezeigt wird, sind diese Anforderungen allerdings rasch erfüllt.

8 Begriffe können grundsätzlich mit beliebigen Bezeichnungen versehen werden, was in der Lehre von den Rechtsgeschäften durch die Formel "falsa demonstratio non nocet" umschrieben wird.

9 Winkler 14; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 98; Reich 23.

III. Äussere Gestalt

1. Allgemeines

Dem Gesetz kann nicht entnommen werden, mit welchem Organisationsmittel das Aktienbuch zu führen ist¹⁰. Es hält lediglich fest, dass "über die Eigentümer der Namenaktien ein Aktienbuch zu führen" ist¹¹. Damit ist nicht gesagt, dass es tatsächlich ein *Buch* sein muss¹². Genausowenig brauchen ja die Geschäftsbücher nach OR 957 tatsächlich in Buchform geführt zu werden¹³. Es ist nur ein Verzeichnis der Aktionäre verlangt¹⁴, ohne dass über die äussere Form etwas bestimmt ist¹⁵.

Die AG hat folglich verschiedene Möglichkeiten, ihr Aktienbuch zu gestalten. Sie sind nun im einzelnen zu betrachten.

2. Schriftliche Aufzeichnung

a) Zunächst einmal kann ein *Buch* stricto sensu als Register verwendet werden. Dies entspricht wohl dem ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers, wie sich schon aus der Bezeichnung *Aktienbuch* ergibt. Im Handel werden Aktienbücher angeboten, die Formulare mit vorgedruckten Rubriken und Indizes enthalten¹⁶. Vielfach finden sich darin Anleitungen zum richtigen Gebrauch, die aber teilweise erheblich über die effektiven gesetzlichen Anforderungen hinausgehen.

Wie bereits gezeigt¹⁷, muss das Gesetz jedoch nicht derart wörtlich genommen werden:

b) In vielen Fällen einfacher und praktischer als ein Buch dürfte eine *Kartei oder Kartothek* sein¹⁸. Überholte oder vollgeschriebene Karteikarten können mühelos entfernt und gegen neue ausgetauscht werden, während obsoleete Seiten bei einem gebundenen Aktienbuch Schwierigkeiten bereiten.

10 Vgl. vorn Anm. 1.

11 OR 685 I.

12 Dieser Auffassung scheint auch das Bundesgericht zu sein, da es im Entscheid BGE 69 II 315 eigens erwähnt, die AG führe in casu ein Aktienregister in Buchform; a.M. Aellig, SAG 35 (1962/63) 275 f.

13 So können auch lose Blätter, Karteikarten und vor allem auch EDV-Anlagen verwendet werden: statt vieler Käfer, OR 957 N 148 ff., besonders N 152, 631 f., 639 f., ferner N 501 f.

14 Vgl. etwa F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98.

15 Vgl. Anm. 1 hiervor.

16 Vgl. etwa die Aktienbücher der Treuhand- und Revisionsgesellschaft, Zürich, und der Cosmos-Verlag AG, Bern.

17 Soeben bei Anm. 12.

18 Für diese Möglichkeit ausdrücklich Bürgi, OR 685 N 4; SAG 28 (1955/56) 73.

c) Selbstverständlich ist es auch möglich, das Aktienbuch mit einem Ordner oder Ringbuch im *Loseblattsystem*¹⁹ zu führen. Die Vorteile gegenüber dem gebundenen Aktienbuch sind die gleichen wie bei einer Kartei.

Für kleinere Gesellschaften besteht m.E. das einfachste und billigste System, das den Anforderungen des Gesetzes und dem Gebot der einfachen Handhabung genügt, in einem Ordner mit einem alphabetischen und einem numerischen Register. Im alphabetischen Teil wird für jeden Aktionär ein Blatt mit Namen, Wohnort und Titelnummern sowie allfälligen Zusatzangaben wie Adresse, gesetzlicher Vertreter usw.²⁰ eingeordnet. Im numerischen Teil findet sich nach Massgabe der Titelnummer für jeden Titel eine Seite, die auf das Aktionärsblatt im alphabetischen Teil verweist²¹.

d) Das Aktienbuch kann auch auf etwas anderer Grundlage organisiert werden. So beschreibt Staub²² anschaulich, wie ein Aktienbuch in Form von metallenen *Adressplatten* geführt werden kann.

Zwecks Rationalisierung sind anfangs der sechziger Jahre offenbar einige Grossgesellschaften dazu übergegangen, den Inhalt ihrer Aktionärskarteien auf Adressplatten zu prägen²³. Da Adressiermaschinen so eingestellt werden können, dass bloss ein Teil des auf die Platten geprägten Textes gedruckt wird, ist eine solche Adressplattenkartei vielfältig verwendbar. Namentlich können Aktionärsbriefe und Mitteilungen an die Korrespondenzbanken der Aktionäre maschinell adressiert werden, und zwar mit dem stets aktuellen Stand der Kartei. Bei diesem System können erhebliche Personalkosten gespart werden.

Für weitere Einzelheiten sei auf den zitierten Aufsatz von Staub verwiesen, da Publikumsgesellschaften heute bereits über fortgeschrittenere Techniken verfügen, wovon sogleich die Rede sein soll²⁴.

e) Diese Aufzählung der schriftlichen Formen des Aktienbuches ist keineswegs abschliessend. Rein theoretisch sind auch *exotische Formen*, wie etwa eine grosse Schiefertafel, eine Pergamentrolle oder dergleichen mehr, als Träger eines Aktienbuches denkbar²⁵.

f) Die Lehre hat wohl diese schriftlichen Formen des Aktienbuches vor Augen, wenn ausdrücklich die *Schriftlichkeit der Eintragung* postuliert wird²⁶. Dem ist hin-

19 Die Schweizerische Treuhandgesellschaft gibt ein Aktienbuch in Loseblattform heraus.

20 Vgl. dazu § 13 I. 2.

21 Falls die Titel blockweise auf die Aktionäre verteilt sind, genügt selbstverständlich eine Seite für eine ganze Titelgruppe.

22 SAG 34 (1961/62) 173 ff.

23 Staub, SAG 34 (1961/62) 173 f.

24 Umgekehrt werden kleinere Gesellschaften aus Kostengründen stets ein konventionelles System wählen.

25 Man muss auch annehmen, dass in vielen Kleinstgesellschaften Register bestehen, die sich auf das absolute Minimum beschränken; so etwa, wenn bloss ein Blatt Papier vorhanden ist mit den Angaben "Hans Meier, Zürich, Nr. 1–25, Peter Huber, Zollikon, Nr. 26–38, Fritz Müller, Zug, Nr. 29–50".

26 Schucany, OR 685 N 2; Mercier 169. Dies gilt ebenfalls für BGE 69 II 315.

sichtlich der genannten Arten des Aktienbuches zuzustimmen. Wenn nämlich eine dieser Formen gewählt wird, dann muss die Eintragung schriftlich²⁷ erfolgen, damit man sinnvollerweise von einem Registereintrag sprechen kann. Allerdings kann das Postulat der Schriftlichkeit der Eintragung nicht absolut gelten, weil daneben noch andere Arten von Aufzeichnungen möglich sind.

Im Vordergrund stehen vorab die Mittel der modernen Informationstechnik:

3. Elektronische Aufzeichnung

Heutzutage gibt es in der Schweiz kaum noch Grossgesellschaften, die ohne EDV-Anlagen arbeiten. Insbesondere werden solche Anlagen zur Bewältigung und Rationalisierung umfangreicher Buchführungsarbeiten eingesetzt²⁸. Durch den 1976 revidierten Art. 962 OR kommt das Gesetz diesen Bestrebungen entgegen²⁹. Zwar ist nach dem Wortlaut von OR 962 II die *Aufzeichnung* von Geschäftsbüchern nur auf Bildträgern zulässig, doch scheint völlig unbestritten, dass die Buchführung selber auf EDV-Anlagen und daher im zentralen Bereich ohne Dokumente herkömmlicher Art geführt werden kann³⁰.

Wenn nun aber schon Geschäftsbücher mittels EDV-Anlagen geführt werden können, muss dies a fortiori auch für das Aktienbuch gelten, für das sich im Gesetz keine ausdrücklichen Formvorschriften finden³¹.

Das Aktienbuch kann ohne weiteres auf der gleichen Datenverarbeitungsmaschine wie andere Bereiche der Gesellschaft, z.B. das Rechnungs- und Personalwesen, geführt werden. Durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen kann erreicht werden, dass nur befugte Personen zu diesem Datenstock Zugang haben, wodurch die Geheimhaltung gewährleistet ist³².

Die Führung des Aktienbuches mittels EDV-Anlagen scheint für Publikums-gesellschaften heute weitgehend selbstverständlich zu sein. Dies ergibt sich aus den Ausführungen von Lyk, der offenbar stillschweigend von diesem Umstand ausgeht, wenn er von der "Einweg-Aktie" berichtet. Bei einer vorläufig allerdings noch

27 Für die Schriftform der Eintragung vgl. hinten § 13 Anm. 33.

28 So etwa Käfer, Grundlagen N 2.105.

29 Käfer, OR 957 N 638, 501.

30 Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Revision von OR 962 f., BBl. 1975 I 1784 f., ferner 1986; sodann vor allem Käfer, OR 957 N 637 f. und die "Richtlinien für die Erstellung von Arbeitsanweisungen zur Aufzeichnung und Aufbewahrung von Unterlagen auf Daten-trägern", Ziff. 5.1 (1976 gemeinsam von der Eidg. Justizabteilung – heute Bundesamt für Justiz – und der Eidg. Steuerverwaltung erlassen, abgedruckt bei Käfer, S. XIX) sowie Richard Müller 158 ff., 217 f.; vgl. auch Kleiner, SJZ 69 (1973) 151.

31 Für das Verhältnis zwischen Aktienbuch und Geschäftsbüchern vgl. vorn § 2 Anm. 21 und 26.

32 Zur Einsichtsberechtigung vgl. hinten § 7.

bescheidenen Anzahl von Grossgesellschaften³³ ist es danach üblich, dass bei jeder Übertragung einer Aktie mit Hilfe der EDV-Anlage ein neuer Aktientitel gedruckt wird³⁴.

IV. Ordnungskriterien

1. Freie Wahl des Ordnungskriteriums

Verzeichnisse können grundsätzlich nach verschiedenen Merkmalen geordnet werden. Das Gesetz enthält keine Vorschrift darüber, nach welchem Gesichtspunkt das Aktienbuch zu gliedern ist³⁵. Auch sind die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt und die Aussagekraft des Aktienbuches³⁶ nicht derart, dass nur eine Lösung möglich ist. Die Gesellschaft ist daher frei in der Wahl des Ordnungsmerkmals³⁷. Aus praktischen Gründen kommen aber nur zwei oder – wenn man die Kombination als eigene Variante gelten lässt – drei Systeme ernstlich³⁸ in Frage³⁹. Sie sind nun einzeln zu betrachten.

2. Titelregister

Das Aktienbuch kann zunächst als Titelregister geführt werden. Dabei wird für jede Aktie eine Karteikarte⁴⁰ angefertigt, auf welcher der jeweilige Berechtigte eingetragen wird⁴¹. Das Realfolienprinzip – wie es auch genannt wird⁴² – gilt nach nicht näher begründeter Ansicht als zweckmässigste Lösung⁴³ oder doch als Normal-

33 Z.B. Schweizerischer Bankverein, Swissair Schweiz, Luftverkehrs-Aktiengesellschaft, BBC Aktiengesellschaft Brown, Boveri & Cie., Holderbank Financière Glarus AG und neuerdings Nestlé AG.

34 Lyk, SAG 51 (1979) 10 et passim; ders., Treuhänder 32.

35 Wie es ja überhaupt keine Regel über die Form des Aktienbuches enthält, vgl. vorn Anm. 1.

36 OR 685 I. Vgl. auch vorn § 2 III. 2. c).

37 Ebenso Reich 23; Ribi 252.

38 In der Lehre werden hiezu nicht viele Worte verloren und überhaupt nur diese drei Systeme in Betracht gezogen.

39 So hindert das Gesetz nicht, etwa den Wohn- oder Heimatort des Aktionärs als Ordnungskriterium zu wählen; indessen wäre ein derart gegliedertes Register wenig praktisch.

40 Je nach Wahl der äusseren Form (vgl. soeben III.) ist es statt dessen eine Seite in einem Buch, eine Rubrik in einer Tabelle oder ein Informationspaket auf einem Datenträger.

41 So namentlich Bürgi, OR 685 N 4; Winkler 14; Böckli 91; Conne 80 f.; Mercier 167 f.; F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; SAG 28 (1955/56) 73.

42 Winkler 14; Reich 23; Ribi 252.

43 SAG 28 (1955/56) 73.

fall⁴⁴. Insbesondere bei Gesellschaften mit vielen Aktionären und stark zirkulierenden Papieren soll es wegen seiner Übersichtlichkeit angebracht sein⁴⁵.

In der Tat erlaubt das Titelregister, jederzeit rasch festzustellen, wer für eine bestimmte Aktie als Berechtigter eingetragen ist. Hingegen hält es schwer herauszufinden, wieviele Aktien auf einen bestimmten Aktionär entfallen, was aber oft von grossem Interesse ist⁴⁶. Es erstaunt daher, dass dieses System gerade für grössere Gesellschaften mit regem Aktionärswechsel empfohlen wird, wo die Mehrheitsverhältnisse besonders unübersichtlich und der Informationsbedarf gross ist⁴⁷.

3. Namenregister

Da die Aktionäre gemäss OR 685 I mit Namen und Wohnort im Aktienbuch einzutragen sind, drängt sich als weiteres Ordnungsprinzip das Namenregister auf. Dabei wird für jeden Aktionär eine Karteikarte⁴⁸ erstellt und nach dem Aktionärsnamen alphabetisch eingeordnet. Auf diesen Karteikarten werden dann nicht nur die Anzahl der dem betreffenden Aktionär zugeschriebenen Aktien, sondern auch deren Nummern vermerkt, so dass jeder Aktientitel individuell zugeordnet ist. Mit diesem System können die internen Machtverhältnisse jederzeit überblickt werden⁴⁹.

Aus dieser Sicht ist es bemerkenswert, dass das Personalfolienprinzip⁵⁰ in der Theorie auf wenig Gegenliebe stösst. Es wird namentlich erklärt, es empfehle sich

44 Bürgi, OR 685 N 4; F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Winkler 14; Böckli 91 f.; Conne 80 f.; Mercier 167 f.

45 Pestalozzi-Henggeler 43 f.; Reich 23 f.

46 Etwa bei der Vorbereitung einer Generalversammlung.

47 Bei den eigentlichen Publikumsgesellschaften spielt dies allerdings praktisch wiederum eine kleinere Rolle, weil selbst die grössten Aktionäre nur über einige wenige Prozente des Grundkapitals verfügen. Was das Depotstimmrecht der Banken betrifft, so gilt es in diesem Zusammenhang die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Ausübung des Depotstimmrechts vom September 1980 zu beachten. Gemäss Ziff. 6 dieser Richtlinien sind spezielle Instruktionen durch die Banken auszuführen, und der Wille des Aktionärs ist stets zu beachten (Ziff. 4). Das Depotstimmrecht ist überhaupt nur zulässig, wenn eine generelle oder eine spezielle schriftliche Vollmacht vorliegt (Ziff. 1). Bei besonders wichtigen Traktanden, im voraus angekündigten Oppositionsanträgen oder fehlender Übereinstimmung mit den Anträgen der Verwaltung haben die Banken ihre Depotkunden zu informieren und ihnen Gelegenheit zu besonderen Instruktionen zu geben (Ziff. 2 und 3). Nur subsidiär, ohne besondere Instruktion, werden Depotstimmen im Sinne der Verwaltung abgegeben. Diese verschärfte Regelung hat bereits zu gegenläufigen Stimmabgaben durch die Bankenvertreter geführt. — Zudem wird bei Publikumsgesellschaften das Aktienbuch immer häufiger auf EDV-Anlagen geführt, vgl. dazu vorn nach Anm. 32 und hinten Anm. 59.

48 Oder ein entsprechender Informationsträger, vgl. vorstehend Anm. 40.

49 Umgekehrt ist es natürlich mit Schwierigkeiten verbunden, wenn man herausfinden will, auf welchen Aktionär ein bestimmter Titel eingetragen ist.

50 So wird das Namenregister auch genannt bei F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Winkler 14; Reich 23; Ribl 252.

nur für Gesellschaften mit wenig Änderungen im Kreise der Aktionäre⁵¹ oder es handle sich um eine früher zwar herrschende, heute aber überlebte Form⁵². Von anderen wiederum wird es bloss als weitere Möglichkeit erwähnt⁵³.

In den Erwägungen zu einem Entscheid aus dem Jahre 1943 hat das Bundesgericht die Organisation eines Namenregisters in einem konkreten Fall beschrieben. Da war jedem Aktionär eine Doppelseite in einem Buch reserviert, wobei die eine Seite für die Prioritäts- und die andere für die Stammaktien verwendet wurde. Jede Seite war in die Rubriken "Übertrag oder Annullierung", "Datum" und "Betrag" gegliedert, wobei in der letzten Rubrik jeweils auch die Nummern der betreffenden Aktien aufgezeichnet wurden⁵⁴.

4. Kombination von Titel- und Namenregister

Selbstredend ist es der Gesellschaft unbenommen, ein Namen- und ein Titelregister nebeneinander zu führen. Auf diese Weise werden die Vorteile der beiden Systeme vereinigt und gleichzeitig die Nachteile eliminiert, da die beiden Systeme komplementär sind.

In der Lehre wird diesem Punkt nur vereinzelt Beachtung geschenkt. Funk⁵⁵ verlangt – allerdings ohne Begründung – nachdrücklich, dass die Gesellschaft ein Titelregister kombiniert mit einem alphabetischen Personenverzeichnis führen soll⁵⁶, was praktisch einer Kombination von Titel- und Namenregister gleichkommen dürfte. Nach Ansicht von Reich⁵⁷ werden bei grösseren Gesellschaften oft beide Systeme kombiniert. Schliesslich hält Böckli⁵⁸ dafür, dass es bei Grossgesellschaften zur Wahrung der Übersicht unumgänglich ist, neben dem Titelregister gleichzeitig auch ein Namenregister zu führen.

Dieser letzten Ansicht ist zuzustimmen, denn der Gesellschaft ist sicherlich am besten gedient, wenn sie beide Systeme gleichzeitig führt. Am einfachsten ist es zweifellos, wenn das Aktienbuch mit einer EDV-Anlage geführt wird. Mit den entsprechenden Programmen können beliebige Informationen gewonnen werden⁵⁹. Aber auch mit konventionellen Mitteln lassen sich einfache und billige Lösungen

51 Pestalozzi-Henggeler 43 f.; Reich 23 f.; SAG 28 (1955/56) 73.

52 Winkler 14.

53 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Bürgi, OR 685 N 4; ferner ohne Präferenz für die eine oder andere Lösung Ribl 252.

54 BGE 69 II 315.

55 OR 685 f. N 1.

56 Es ist daran zu erinnern, dass von einer gesetzlichen Pflicht dieser Art keine Rede sein kann, vgl. vorn Ziff. 1.

57 S. 23 f.

58 S. 91 f.

59 Z.B. können in Sekundenschnelle alle Aktionäre mit mehr als 10 Aktien oder mit dem Institut X als Hausbank ermittelt werden.

finden, die — vielleicht abgesehen von den Mammutgesellschaften — überall brauchbar sind⁶⁰.

Will eine Gesellschaft aber trotzdem nur ein einfaches Register führen, so ist entgegen der herrschenden Auffassung⁶¹ das System des Namenregisters zu empfehlen. Dieses liefert unmittelbar die Informationen, die eine Gesellschaft in erster Linie benötigt, ob nämlich ein bestimmter Ansprechpartner Aktionär ist und welche Aktien gegebenenfalls auf ihn eingetragen sind.

60 Vgl. vorn bei Anm. 20.

61 Vgl. vorstehend Ziff. 2.

§ 5 Pflicht zur Führung des Aktienbuches

I. Gegenstand

In der Lehre wird vielfach von der Pflicht zur Führung des Aktienbuches gehandelt, ohne dass der Gegenstand dieser Pflicht näher bestimmt wird¹. Da dies zu Verwirrung und Missverständnissen führen kann, ist hier festzulegen, was im folgenden unter der Führung des Aktienbuches verstanden werden soll.

Nach Spiro² können drei Stufen unterschieden werden:

- die technischen Arbeiten (Einrichten und Aufbewahren der Kartei usw.);
- die Prüfung von objektiven Eintragungskriterien (Lückenlosigkeit der Indossamentenreihe, Nationalität usw.);
- die Prüfung von Eintragungskriterien, die der Gesellschaft Ermessen einräumen.

Es erscheint zweckmässig, die zweite und dritte Stufe zusammenzufassen und daher folgendermassen zu *definieren*:

- Die *formelle Führung* des Aktienbuches umfasst die Einrichtung des Registers, seine Nachführung und Aufbewahrung, mit anderen Worten die handwerklich-technischen Arbeiten.
- *Materielle Führung* des Aktienbuches bedeutet Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen und – gegebenenfalls unter Berücksichtigung des statutarisch eingeräumten Ermessens – Entscheid über das Eintragungsgesuch.

II. Entstehung und Wegfall

1. Entstehung

a) Gemäss OR 685 I ist die Gesellschaft verpflichtet, "über die Eigentümer der Namenaktien ein Aktienbuch zu führen". Bezüglich des Zeitpunktes, in welchem das Aktienbuch eingerichtet werden muss, ist nichts bestimmt³.

b) Über den massgeblichen Zeitpunkt werden in der Lehre verschiedene Auffassungen vertreten:

Nach der einen Ansicht entsteht die Pflicht zur Führung des Aktienbuches erst mit der *Ausgabe von Namenaktien* oder Interimsscheinen⁴ für Namenaktien⁵.

1 Vgl. z.B. Bürgi, OR 685 N 1 ff.

2 SAG 31 (1958/59) 6 ff.

3 Ebenso Bürgi, OR 685 N 2.

4 OR 688 III.

5 Pestalozzi-Henggeler 43; Reich 23; Stechel 4; Mercier 166; Solcà 16; ferner noch zu altOR 637, der diese Frage auch nicht entschied, Nahrath 34.

Nach verschiedenen Autoren sind Aktionärsverzeichnisse, die vor der Titelausgabe geführt werden, keine Aktienbücher im Sinne des Gesetzes⁶.

Nach der anderen Ansicht ist das Aktienbuch *möglichst früh* zu errichten⁷, also sofort nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister⁸. Dies gilt auch dann, wenn nicht oder nicht sofort Aktientitel ausgegeben werden⁹.

c) Nach m.E. zutreffender Ansicht kann es für die Entstehung der Pflicht nicht darauf ankommen, ob Aktientitel ausgegeben sind oder nicht. Schon die aktienrechtliche Mitgliedschaft hängt nicht von der Ausgabe von Aktientiteln ab¹⁰. Wenn nun die Mitgliedschaft in der Form von Namenaktien besteht, ohne dass (bereits) Titel ausgegeben sind, ist das Interesse von Gesellschaft und Aktionär an der Legitimationsfunktion des Aktienbuches besonders gross. Also muss die Pflicht zur Führung des Aktienbuches von der Ausgabe von Aktientiteln unabhängig sein¹¹. Wäre dem nicht so, könnte die Gesellschaft die Stellung des Aktionärs beeinträchtigen¹², denn der Anspruch auf Verurkundung der Mitgliedschaft in einem Wertpapier ist umstritten¹³, weshalb sich die Gesellschaft durch Verzicht auf die Ausgabe von Aktientiteln u.U. von der Führung des Aktienbuches dispensieren könnte¹⁴.

Nachdrücklich zu verwerfen ist daher die Ansicht, das Aktienbuch im Rechtssinne entstehe erst mit der Ausgabe von Aktientiteln und die vor diesem Zeitpunkt geführten Register seien fakultative Verzeichnisse¹⁵. Es wäre unerträglich, wenn die Gesellschaft hier die Möglichkeit zu Manipulationen hätte.

6 Wieland 54; ders., SJZ 42 (1946) 70; ders., SJZ 47 (1951) 222; ders., SAG 26 (1953/54) 67; Wettstein 85; vgl. auch Pestalozzi-Henggeler 43; Forrer 238 mit Hinweisen und 267.

7 Bürgi, OR 685 N 1.

8 Bürgi, OR 685 N 2 sowie ausführlich in Vorbem. zu OR 683 ff. N 28; ders., SAG 23 (1950/51) 137; Funk, OR 685 f. N 1; Forrer 223, 238, 267; Schucany, OR 685 N 1; SAG 28 (1955/56) 73; implizit auch Winkler 17 f. und F. von Steiger 157 f.; infolge unzutreffender Berufung auf Pestalozzi-Henggeler unklar Widmer 37.

9 F. von Steiger 158; Bürgi, OR 687 N 14; Schucany, OR 685 N 1 und OR 687 N 1; Forrer 238, 267; SAG 28 (1955/56) 73; ferner Conne 82 f.

10 BGE 83 II 454; ZR 39 (1940) 216; ZR 48 (1949) 227; Siegwart, OR 622 N 40; Pestalozzi-Henggeler 186 f.; unter Hinweis auf einen unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid von 1948 F. von Steiger 21; Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 19; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 38 N 2; Teitler 69, 70 f., je mit weiteren Hinweisen.

11 Im Ergebnis gleich Stauffer 162, 42; Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 28; vgl. im übrigen die vorn in Anm. 8 zit. Autoren.

12 Ohne Aktienbuch und ohne Titel kann sich der Aktionär nur sehr mühsam legitimieren. Seine Stellung ist in diesem Fall nicht nur faktisch, besonders wirtschaftlich, sondern auch rechtlich ungünstig. Vgl. dazu etwa Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 23, wo auf die stark eingeschränkte Negotiabilität hingewiesen wird.

13 Vgl. etwa Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 22 f.; Stauffer 63 ff.; F. von Steiger 176 bei Anm. 145; Spörrli 159 f.

14 Dies wäre aber aus den soeben Anm. 12 angeführten Gründen für den Aktionär nachteilig. – Aus der gleichen Überlegung muss auch die Wirkung des Aktienbuches auf die aktienrechtliche Mitgliedschaft von der Titelausgabe unabhängig sein, sonst könnte die Gesellschaft über die gesetzlichen Möglichkeiten der Vinkulierung hinaus den Aktionärswechsel beeinflussen. Vgl. dazu hinten § 15.

15 Vgl. die vorn in Anm. 6 angeführten Autoren.

Allerdings ist es unpräzis, wenn behauptet wird, die Pflicht zur Führung des Aktienbuches entstehe mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister¹⁶. Bei genauer Betrachtung gilt dies nur dann, wenn in den Urstatuten Namenaktien vorgesehen sind. In diesem Fall entsteht die Pflicht der Gesellschaft zur Führung des Aktienbuches im frühestmöglichen Zeitpunkt überhaupt, nämlich mit der Entstehung der AG. Werden hingegen Namenaktien erst später eingeführt¹⁷, so entsteht die Pflicht zur Führung des Aktienbuches mit der Eintragung der Statutenrevision im Handelsregister, da die neuen Statutenbestimmungen gemäss OR 647 III in diesem Zeitpunkt allgemein verbindlich werden.

Es liesse sich auch vertreten, bei der nachträglichen Einführung von Namenaktien auf den Zeitpunkt des Generalversammlungsbeschlusses über die Statutenrevision abzustellen, weil es um eine gesellschaftsinterne Angelegenheit geht. Damit würde aber eine unerwünschte Differenz zur Schaffung von Namenaktien bei der Gründung hervorgerufen. Denn es dient der Klarheit und damit der Rechtssicherheit, wenn in beiden Fällen der gleiche Zeitpunkt entscheidet. Überdies ist die Stellung der betroffenen Aktionäre bei der hier vertretenen Ansicht nicht schlechter, wenn die Verwaltung ihrer Pflicht nachkommt und die Statutenänderung umgehend zur Eintragung anmeldet¹⁸. Sie ist aber auch im gegenteiligen Fall nicht wesentlich erschwert, weil die Mitgliedschaft nicht von der ordnungsgemässen Führung des Aktienbuches abhängt¹⁹. Schliesslich wird eine Statutenänderung, die nicht ausschliesslich Innenwirkung hat, auch gesellschaftsintern erst mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam²⁰.

d) Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich, dass diejenigen Aktionäre, welche Namenaktien zeichnen, von der Gesellschaft automatisch, gewissermassen von Amtes wegen, ins Aktienbuch einzutragen sind²¹. OR 685 II²² findet hier keine Anwendung²³, denn diese Bestimmung ist auf die Regelung der Rechtsnachfolge und nicht auf den originären Erwerb der Mitgliedschaft ausgerichtet²⁴. Der zeichnende Aktionär hat daher einen Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch²⁵.

16 Vgl. bei Anm. 8 hievor.

17 Sei es durch Umwandlung von Inhaberaktien oder durch Schaffung zusätzlichen Grundkapitals in Form von Namenaktien.

18 OR 647 II; Siegwart, OR 647 N 12.

19 Vgl. hinten bei Anm. 88.

20 BGE 84 II 38 ff. und ausführlich Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht § 7 N 109 ff., 113 f.

21 So ZR 39 (1940) 213 ff. Nr. 97, besonders S. 216, 217; Winkler 17 f.; Bürgi, OR 685 N 2 und 16; SAG 28 (1955/56) 73; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 174; Stechel 4, 7.

22 "Die Eintragung in das Aktienbuch setzt einen Ausweis über die formrichtige Übertragung der Aktie voraus."

23 ZR 39 (1940) 215 f. Nr. 97; Bürgi, OR 685 N 12.

24 Bürgi, OR 685 N 16; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 173 f.; ferner Conne 82.

25 Zur Durchsetzung vgl. hinten § 12 II.

2. Wegfall

Nach den vorstehenden Ausführungen²⁶ ist die Gesellschaft zur Führung des Aktienbuches verpflichtet, sobald und solange mindestens ein Teil des Grundkapitals in Namenaktien gegliedert ist. Diese Pflicht entfällt also, wenn keine Namenaktien²⁷ mehr vorhanden sind. Dies ist dann der Fall²⁸, wenn die entsprechende Statutenrevision, welche die Namenaktien abschafft, im Handelsregister eingetragen wird.

Von der gänzlichen Umwandlung der Namenaktien in Inhaberaktien zu unterscheiden ist die Beendigung der Gesellschaft. Ist bei Eintritt des Auflösungsstatbestandes wenigstens ein Teil des Grundkapitals in Namenaktien gegliedert, muss das Aktienbuch bis zur Beendigung der Liquidation weitergeführt werden. Während der Liquidation sind die Aktien nämlich unter Vorbehalt der Vinkulierung weiterhin übertragbar²⁹. Erfolgt die Beendigung ohne Liquidation, muss das Aktienbuch so lange geführt werden, als Mitgliedschaftsstellen in Form von Namenaktien bestehen³⁰.

III. Zuständigkeit

1. Zuständiges Organ

a) OR 685 I auferlegt der Gesellschaft die Pflicht zur Führung des Aktienbuches, ohne das zuständige Gesellschaftsorgan zu bestimmen³¹.

b) In der Doktrin wird regelmässig die Verwaltung als zuständiges Organ bezeichnet. Es geschieht dies teils ohne nähere Begründung³², teils unter dem Vorbehalt anderer statutarischer Anordnung³³, teils in — mehrheitlich allerdings bloss analoger³⁴ — Anwendung von OR 722 bzw. altOR 655³⁵. In seiner Untersuchung über die Dele-

26 Vorn 1. lit. c).

27 Mitgliedschaftsstellen, nicht Titel.

28 Analog zur Entstehung, vorn bei Anm. 17.

29 Bürgi/Nordmann, OR 745 N 3 und OR 739 N 31; F. von Steiger 341; Heberlein 30, 82; Schucany, OR 739 N 2; Funk, OR 743 N 1.

30 Bei der Fusion also bis zur Eintragung des Auflösungsbeschlusses im Handelsregister: F. von Steiger 358, 355 f.; Bürgi/Nordmann, OR 748 N 80; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 43 N 19.

31 Ebenso Winkler 15; Bürgi, OR 685 N 21; Reich 25.

32 Bürgi, OR 685 N 21 mit Hinweisen, ferner N 1; Forrer 242; Nahrath 34; SAG 28 (1955/56) 73; Hagmann 14; Stauffer 161; Widmer 45; ferner mit Hinweis auf OR 685 I Moser 83; Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 3; Teitler 67; implizit schliesslich Wieland 36.

33 F. von Steiger 71; Schucany, OR 686 N 1; Böckli 91; Walder 28; ferner Kummer 123; Dohm 105; Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 7 f.

34 Pestalozzi-Henggeler 42 f.; Winkler 15; Reich 25; Conne 81.

35 Schulthess 26; Trüb 23; Mercier 150, 168. — Zur Anwendung von OR 722 anstelle von OR 721 II vgl. hinten bei Anm. 49.

gationskompetenzen der Verwaltung³⁶ geht auch Spiro stets von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Verwaltung aus³⁷.

c) In der Judikatur findet sich ein Entscheid des Zürcher Handelsgerichtes³⁸, wonach die Verwaltung selbst dann für die Führung des Aktienbuches verantwortlich sein soll, wenn es von der Kontrollstelle geführt wird.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es der AG freigestellt, welchem Organ sie die Führung des Aktienbuches übertragen will³⁹. In der Praxis wird auch nach der Beobachtung des Bundesgerichtes regelmässig die Verwaltung mit dieser Aufgabe betraut⁴⁰.

d) Bei eingehender Prüfung ergibt sich folgendes:

Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, welches Organ der Gesellschaft das Aktienbuch führen muss, sondern begnügt sich mit der Anordnung, dass die Gesellschaft als solche ein Aktienbuch führen muss, wenn und soweit ihr Grundkapital in Namenaktien gegliedert ist⁴¹.

Die Gesellschaft kann daher frei bestimmen, welchem Organ sie diese Aufgabe statutarisch übertragen will⁴². Es ergeben sich im einzelnen folgende Möglichkeiten:

— Regelmässig wird die *Verwaltung* als zuständiges Organ bezeichnet. Dies dürfte auch in der Regel die zweckmässigste Lösung sein, handelt es sich doch meist⁴³ um ein rein formelles, routinemässiges Prüfungsverfahren, für welches sich das gesellschaftliche Exekutivorgan am ehesten anbietet.

— In der Praxis wird das Aktienbuch offenbar zuweilen auch von der *Kontrollstelle* geführt⁴⁴. Das dürfte sich wohl nur dort bewahren, wo die Kontrollstelle erweiterte, die gesetzliche Kognition übersteigende Befugnisse besitzt, ansonsten ihre sachliche Befähigung für diese Aufgabe fraglich erscheint. Namentlich bei der materiellen Aktienbuchführung mit Ermessensentscheiden dürfte sie sonst überfordert sein.

Die Zuständigkeit der *Generalversammlung* mag in stark personalistischen Kleingesellschaften mit weitgehender Vinkulierung angezeigt sein, wenn der Ermessensentscheid über die Zulassung eines neuen Aktionärs nach gangiger Mode demokratisch gefasst werden soll⁴⁵.

36 Dazu nachstehend Ziff. 2.

37 SAG 31 (1958/59) 1 f. und 6 ff.

38 ZR 39 (1940) 213 ff. Nr. 97, besonders S. 216.

39 BGE 76 II 67 f.

40 Ebd.; vgl. auch Kohler 94.

41 OR 685 I. Über die Anwendung von OR 721 II (allgemeine Kompetenzvermutung zugunsten der Verwaltung) vgl. hinten bei Anm. 50. OR 722 II über die Geschäftsbücher ist nicht anwendbar, vgl. hinten bei Anm. 49.

42 Vgl. die soeben bei Anm. 39 zit. Bundesgerichtspraxis.

43 Anders ist es nur bei den eigentlichen Ermessensentscheiden, vgl. auch hinten bei Anm. 75.

44 Als Beispiel vgl. ZR 39 (1940) 216 Nr. 97.

45 Vgl. als Beispiel den bei Carry, Problèmes 166 ff. geschilderten, unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid; ferner Dohm 105 und Fromer, ZSR 80 (1961) I 143.

- Möglich ist schliesslich, dass die Statuten für diese Aufgabe ein *besonderes Organ*, etwa einen Aktienbuchführer, vorsehen⁴⁶.
- Ferner ist es denkbar, die *Zuständigkeit* zur Führung des Aktienbuches *aufzugliedern*. Namentlich könnte man die formelle Führung der Verwaltung übertragen, während die materielle Führung einem anderen Organ anvertraut wird. Eine derartige Konstruktion ist wohl zulässig, denn es sind keine gesetzlichen oder dogmatischen Hindernisse ersichtlich. Fraglos ist eine solche Lösung aber unzumutbar, da sie vermeidbare organisatorische und administrative Umtriebe verursacht.

Findet sich in den Statuten keine Regelung dieser Zuständigkeit, so ist die *Verwaltung* für die Führung des Aktienbuches *subsidiär zuständig*. Dies ergibt sich aber nicht auf Grund der direkten⁴⁷ oder gar analogen⁴⁸ Anwendung von OR 722, denn das Aktienbuch ist kein Geschäftsbuch⁴⁹. Vielmehr liegt ein Anwendungsfall der allgemeinen Kompetenzvermutung von OR 721 II vor⁵⁰.

e) Während der Liquidation der Gesellschaft bleibt die *Zuständigkeit* zur Führung des Aktienbuches grundsätzlich *unverändert*⁵¹. Da es sich nicht um eine Aufgabe handelt, die mit der Liquidation zusammenhängt, sind die Liquidatoren m.E. nur zuständig, wenn ihnen diese Aufgabe ausdrücklich übertragen wird.

2. Delegation der Zuständigkeit

a) In der Literatur wird diesem Problem wenig Beachtung geschenkt. Es fragt sich indessen doch, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange das zuständige Organ die Führung des Aktienbuches delegieren kann.

Zu untersuchen ist, wie es sich verhält,

- wenn der Verwaltungsrat mangels statutarischer Anordnung gemäss OR 721 II zuständig ist (nachstehend b));
- wenn die Verwaltung kraft ausdrücklicher Statutenbestimmung das Aktienbuch zu führen hat (nachstehend c));
- wenn die Statuten ein anderes Organ für zuständig erklären (nachstehend d)).

46 Über fakultative Organe im allgemeinen vgl. F. von Steiger 180; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 15 N 3.

47 Vgl. vorn Anm. 35.

48 Vgl. vorn Anm. 34.

49 Vgl. vorn § 2 Anm. 21 und 26.

50 Vgl. dazu Schucany, OR 686 N 1; Ribi 254; Reich 87; Böckli 113; Bürgi, OR 686 N 40 und allgemein OR 721 N 15 ff.

51 Bürgi/Nordmann, OR 739 N 31; Heberlein 82; ferner Schucany, OR 739 N 2b; a.M. F. von Steiger 341; Funk, OR 743 N 1. Die drei zuletzt genannten Autoren äussern sich allerdings nur zur Frage der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien.

b) Zunächst ist also zu prüfen, ob und in welchem Ausmass die *Verwaltung* die Führung des Aktienbuches delegieren kann, wenn sie *mangels statutarischer Anordnung* auf Grund von OR 721 II dazu berechtigt und *verpflichtet* ist⁵². Auf das Problem der Delegation von Aufgaben der Verwaltung im allgemeinen kann hier nicht näher eingetreten werden⁵³. Als Quintessenz ist der Literatur zu entnehmen, dass es keine formalen Kriterien für die Abgrenzung zwischen delegierbaren und nicht delegierbaren Aufgaben der Verwaltung gibt und dass insbesondere die Unterscheidung von delegierbarer Geschäftsführung und nicht delegierbarer Verwaltung im engeren Sinne keine taugliche Lösung ist⁵⁴. Nach heute wohl herrschender Auffassung ist die Festsetzung der eigentlichen Geschäftspolitik der Gesellschaft undelegierbare Aufgabe der Verwaltung⁵⁵.

Speziell im Hinblick auf die Führung des Aktienbuches wird die Delegationsproblematik einzig von Spiro untersucht⁵⁶. In Anlehnung an diesen Autor ist nun zu prüfen, inwieweit die formelle und materielle Führung des Aktienbuches delegiert werden können.

aa) Nach unbestrittener Auffassung ist die *Delegation der formellen Aktienbuchführung zulässig*, und zwar auch dann, wenn Dritte als Hilfspersonen beigezogen werden⁵⁷.

bb) Bei der *materiellen Führung des Aktienbuches* muss dagegen unterschieden werden, ob die Gesellschaft einen Ermessensentscheid zu fällen hat oder nicht.

Braucht es keinen Ermessensentscheid, weil nur anhand von *objektiven Kriterien* über die Eintragung zu entscheiden ist⁵⁸, ist die *Delegation* an einzelne Verwaltungsräte *zulässig* und oft auch wünschenswert⁵⁹. Es ist Spiro hierin beizupflichten, denn er hat namentlich recht mit der Feststellung, dass es nicht sinnvoll ist, den Verwaltungsrat mit Routinegeschäften zu überhäufen und so seine Aufmerksamkeit von wichtigen, grundsätzlichen Geschäften abzulenken⁶⁰. Darüber hinaus wäre die Führung des Aktienbuches durch den Gesamtverwaltungsrat, mindestens bei grös-

52 Vgl. dazu vorn Anm. 50.

53 Vgl. dazu vor allem Frank Vischer, Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeiten bei der grossen AG, in: FS Wilhelm Schönenberger (Freiburg 1968), 345 ff.; sodann etwa Bürgi, OR 717 N 22 ff. und F. von Steiger 74 f. und 228 ff.; ferner die allerdings mit etwelchen Reserven (vgl. die Rezension von Pierre Widmer in ZBJV 107 (1971) 166 ff.) beizuziehende Schrift von Paul Ulrich Lanz, Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrates, Europ. Hochschulschriften Reihe II Bd. 18 (Bern 1969) = Diss. (Basel) 1968.

54 Vischer 349 f. mit weiteren Hinweisen.

55 Vischer 352 mit zahlreichen Hinweisen; a.M. Lanz 64 f., wonach das Gesetz angeblich bloss die Aufgaben zwingend ordnet, hingegen die Organisation der Ausführung völlig dem Belieben der Gesellschaft überlässt.

56 Verwaltungsrat und Aktienbuch, SAG 31 (1958/59) 1 ff.

57 Spiro, SAG 31 (1958/59) 6 f.; Pestalozzi-Henggeler 42 f.; Bürgi, OR 685 N 21; Wieland 36; Winkler 15; Widmer 45.

58 Wenn also in der Terminologie von Spiro die zweite Stufe der Aktienbuchführung vorliegt.

59 Spiro, SAG 31 (1958/59) 7.

60 Ebd.

seren Gesellschaften, unzumutbar und wohl auch rein praktisch kaum auf vernünftige Weise durchzuführen.

Nicht einzusehen ist allerdings, warum die Delegation unter diesen Umständen nicht auch an Personen soll erfolgen können, die nicht der Verwaltung angehören. Da nämlich nur objektive Kriterien zu prüfen sind⁶¹, können die auf jeden Fall der Verwaltung vorbehaltenen Direktiven zur Geschäftspolitik am Eintragungsentscheid nichts ändern⁶².

Ist ein *Ermessensentscheid* der Gesellschaft nötig, so kann die Frage nach der Zulässigkeit der Delegation nicht ohne weiteres beantwortet werden.

Von einer Anzahl Autoren, nach denen OR 717 nur die Delegation der Geschäftsführung und Vertretung, nicht aber der als Verwaltung im engeren Sinne bezeichneten Aufgaben vorsieht, wird die materielle Führung des Aktienbuches generell zu den nicht delegierbaren Kompetenzen der Verwaltung gezählt⁶³.

Wie Spiro zeigt⁶⁴, entspricht die Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und Vertretung einerseits und Verwaltung im engeren Sinne andererseits weder den Anforderungen des täglichen Lebens, noch lässt sie sich auch nur theoretisch konsequent durchhalten⁶⁵. Allerdings kommt auch Spiro zu einem Kern abstrakt umschriebener Befugnisse, die nicht delegierbar sind. Er leitet daraus ab, dass eine Delegation der materiellen Aktienbuchführung mit Ermessensentscheid nur zulässig ist, wenn die Handhabung des Ermessens durch detaillierte Weisungen der Verwaltung derart konkretisiert ist, dass der beauftragten Person kein wesentlicher Ermessensspielraum mehr bleibt. Ansonsten kommt – immer nach Spiro – nur eine Delegation innerhalb des Verwaltungsrates, an Ausschüsse oder Delegierte also, in Frage und auch dies nur, wenn den übrigen Mitgliedern der Verwaltung genügende Kontrollmöglichkeiten verbleiben⁶⁶.

Zunächst ist Spiro darin zuzustimmen, dass man die materielle Führung des Aktienbuches nicht generell zu den undelegierbaren Befugnissen der Verwaltung zählen kann. Die gegenteilige Ansicht⁶⁷ findet im Gesetz keine Stütze, denn OR 685 sagt nicht, welches Gesellschaftsorgan für die Führung des Aktienbuches zuständig ist. Auch sonst gibt es keine Bestimmung, die dies anordnet. Es fehlt daher mit Sicherheit an einer Norm, welche diese Aufgabe *zwingend* der Verwaltung zuordnet⁶⁸.

Selbst wenn man die kritisierte Unterscheidung von Geschäftsführung und Vertretung einerseits und Verwaltung im engeren Sinne andererseits anwendet, kommt man zu einem anderen Ergebnis als ihre Protagonisten⁶⁹. Folgt man nämlich der

61 Dies ist hier vorausgesetzt.

62 Zum Anspruch auf Eintragung vgl. § 12.

63 Bürgi, OR 712 N 18 f.; Eigenmann 28 ff., 30; Felber 7 ff.; K. Meyer 28 ff., 31; Widmer 45.

64 SAG 31 (1958/59) 2 ff.

65 Vgl. auch vorn bei Anm. 54.

66 Spiro, SAG 31 (1958/59) 8 ff. und 22 f.

67 Bürgi, OR 712 N 18 f.; Eigenmann 29 f.; Widmer 45.

68 Vgl. auch nachstehend d).

69 Soeben Anm. 67.

üblichen Umschreibung⁷⁰, so ergibt sich, dass die Führung des Aktienbuches als Frage der internen Organisation zur Geschäftsführung gehört und deshalb im Rahmen von OR 717 delegiert werden kann⁷¹.

Im weiteren aber erscheint die Konzeption Spiros einerseits als zu weit und andererseits als zu eng:

Es ist nicht erforderlich, dass die Delegation an Dritte nur dann zulässig ist, wenn die mit der Delegation verbundenen Weisungen derart eingehend sind, dass dem Beauftragten kein wesentlicher Entscheidungsspielraum mehr verbleibt, weil die Verwaltung trotz der Delegation, wenn auch in begrenztem Umfang, verantwortlich bleibt⁷² und ihr – nebst dem Recht auf jederzeitigen Widerruf der delegierten Befugnisse⁷³ – stets mindestens die Aufsichtspflicht verbleibt⁷⁴. A fortiori gilt dies natürlich für die Delegation innerhalb der Verwaltung. Die Voraussetzungen der Delegation erscheinen daher als zu vorsichtig formuliert, und insofern ist die Lösung von Spiro zu eng. Immerhin – und so weit muss Spiro doch recht gegeben werden – ist es nicht wünschenswert, dass eine umfassende Delegation auch dort erfolgt, wo das Ermessen beim Entscheid über die Übertragungsgenehmigung⁷⁵ gross ist^{75a}. Man wird aber annehmen dürfen, dass sich in der Rechtswirklichkeit die Verwaltung für Zweifelsfälle das Entscheidungsrecht vorbehalten und nur Routinefälle nicht der Verwaltung angehörenden Personen überlassen wird, und auch dies wird wohl nur mit eingehenden Instruktionen geschehen. Es sei aber betont, dass hier wie vielerorts unvernünftiges Handeln rechtlich nicht schlechthin verboten ist.

Spiros Lösung geht in anderer Hinsicht allerdings auch zu weit. Die Delegation an Personen ausserhalb der Verwaltung ist nicht schon immer dann zulässig, wenn die Direktiven der Verwaltung sehr detailliert sind. Bei kleinen Gesellschaften, besonders Familiengesellschaften, oder bei Konzentration der Aktien auf relativ wenige Aktionäre bedeutet praktisch jede Übertragungsgenehmigung einen grund-

70 Vgl. dazu etwa Bürgi, OR 717 N 5 und Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 81.

71 In der Rechtswirklichkeit wird von dieser Möglichkeit nicht selten Gebrauch gemacht, was nicht zuletzt auch von den Vertretern der dogmatisch gegenteiligen Auffassung zugegeben und teilweise sogar toleriert wird: Bürgi, OR 712 N 22; Eigenmann 31; Widmer 45. Vgl. auch F. von Steiger 236.

72 Vgl. namentlich Vischer 366 f. und Forstmoser N 230.

73 Vgl. dazu hinsichtlich der Delegierten des Verwaltungsrates Bürgi, OR 717 N 25.

74 Vgl. OR 722 II Ziff. 3; sodann etwa Bürgi, OR 722 N 4 und OR 717 N 14, 23, ferner OR 712 N 25; F. von Steiger 234 ff., wo mit Recht die cura in custodiendo hervorgehoben wird; Vischer 363; Forstmoser N 230 mit Hinweisen.

75 Vgl. für die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Genehmigung und Eintragung hinten § 15 bei Anm. 11.

75a In vielen Statuten wird der Gesellschaft für die Übertragungsgenehmigung grundsätzlich ein grosses Ermessen eingeräumt, indem sie die Verweigerung der Übertragungsgenehmigung "ohne Angabe von Gründen" gestatten. Darauf kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Entscheidend ist vielmehr, wieviel Ermessensspielraum die Delegation der praktischen Anwendung gewährt. Vielfach umschreiben die Delegationsordnungen sehr präzise, in welchen Fällen die Genehmigung zu erteilen ist. Dies gilt insbesondere bei kotierten Gesellschaften, vgl. die auf diesen internen Richtlinien basierende Übereinkunft zwischen der Bankiervereinigung und einer Reihe von Publikumsgesellschaften (Vgl. dazu hinten § 9 Anm. 43 und ausführlich § 18 bei Anm. 44.).

sätzlichen gesellschaftspolitischen Entscheid. Solche Entscheidungen sind jedoch, wie gesehen⁷⁶, nicht delegierbar, und die Verwaltung muss obligatorisch über die Eintragung entscheiden.

Das *Ergebnis* lässt sich wie folgt *zusammenfassen*: Grundsätzlich kann die materielle Aktienbuchführung selbst dann delegiert werden, wenn Ermessensentscheide nötig sind. Dies gilt auch für die Delegation an Personen, die nicht der Verwaltung angehören. Ausgeschlossen ist jegliche Delegation ausnahmsweise dann, wenn die Zustimmung zu einem Aktionärswechsel einen grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Entscheid bedeutet.

Dieses Resultat ist enttäuschend, denn es liefert dem Praktiker in vielen Grenzfällen keine eindeutige Antwort. Indessen scheint de lege lata eine andere Lösung schwer denkbar, denn das Gesetz überlässt die Organisation weitgehend der Selbstbestimmung der Gesellschaft, verlangt aber in Ausnahmefällen, die praktisch sehr häufig sein können, zwingend die Zuständigkeit der Verwaltung. *Es empfiehlt sich daher, sowohl das zuständige Organ wie auch seine Delegationskompetenz in den Statuten ausdrücklich zu ordnen.*

cc) Steht nun zwar fest, dass die formelle und materielle Führung des Aktienbuches grundsätzlich delegierbar ist, muss sogleich eine Einschränkung gemacht werden. Die Verwaltung kann nicht nach Belieben delegieren. Jede wirksame Delegation setzt eine statutarische Ermächtigung voraus⁷⁷. Es muss daher entweder in den Statuten oder in einem Reglement der Generalversammlung vorgesehen sein, dass die Verwaltung ihrerseits zum Erlass eines Organisationsreglementes⁷⁸ mit Delegationsnormen ermächtigt ist⁷⁹. Hingegen kann ein Einzelbeschluss der Generalversammlung hier nicht als Kompetenznorm in Betracht kommen⁸⁰, weil dann praktisch ein Fall der ausdrücklichen Zuweisung der Aktienbuchführung an die Verwaltung vorliegt⁸¹.

Ist die Verwaltung nach den vorstehenden Ausführungen zum Erlass eines Organisationsreglementes ermächtigt, so kann sie nach Massgabe der Kompetenznorm delegieren. Besteht die Kompetenznorm in einer Generalklausel, so kann die Verwaltung die Aktienbuchführung nach freiem Ermessen der zweckmässigsten Stelle anvertrauen.

c) Anders ist die Situation m.E. dort, wo die *Verwaltung durch ausdrückliche statutarische Anordnung*⁸² zur Führung des Aktienbuches *verpflichtet* ist. Hier wird man nicht leichthin die Befugnis der Verwaltung zur Delegation der Aktienbuchführung annehmen dürfen.

76 Vorn Anm. 55.

77 OR 627 Ziff. 12; Bürgi, OR 712 N 24 et passim; F. von Steiger 235.

78 Bürgi, OR 712 N 34.

79 Bürgi, OR 712 N 40, 41 ff., OR 717 N 18 f. und 22, ferner OR 722 N 19; a.M. Vischer 364 f.

80 Bürgi, OR 721 N 2 und OR 717 N 20.

81 Vgl. sogleich lit. c).

82 Oder durch einen Einzelbeschluss der Generalversammlung, vgl. soeben Anm. 81.

Klar ist die Rechtslage dann, wenn die Statuten auch noch ausdrücklich die Frage der Delegation der Aktienbuchführung⁸³ ordnen.

Regeln die Statuten zwar die Delegationskompetenzen der Verwaltung generell, erwähnen aber die Delegation des Aktienbuches weder ausdrücklich noch sinn-gemäss, wird man im Zweifel die Befugnis der Verwaltung zur Delegation verneinen müssen. Dann ist eben anzunehmen, dass die Aktionäre die Aktienbuchführung tatsächlich der Verwaltung übertragen wollten. Dieser Wille ist zu respektieren^{83a}.

d) Der in den Statuten manifestierte Aktionärswille ist a fortiori in dem Fall zu beachten, wo die Statuten ausdrücklich die *Generalversammlung*, die *Kontrollstelle* oder ein *besonderes Organ* mit der Aktienbuchführung betrauen. Dies ist ohne weiteres zulässig, denn einerseits hat das Gesetz die Führung des Aktienbuches nicht ausdrücklich der Verwaltung zugewiesen⁸⁴ und andererseits steht die Generalklausel von OR 721 II⁸⁵ unter dem Vorbehalt abweichender Statutenbestimmungen. Das von den Statuten als zuständig erklärte Organ kann m.E. die Aktienbuchführung nur dann weiterdelegieren, wenn dies die Statuten ausdrücklich vorsehen. Andernfalls ist die statutarische Ordnung verbindlich und eine trotzdem erfolgende Delegation ein Verstoß gegen die Statuten^{85a}.

IV. Folgen der Pflichtverletzung

1. Allgemeines

Verletzt die Gesellschaft ihre Pflicht zur Führung des Aktienbuches, ergeben sich in verschiedener Hinsicht Konsequenzen. Zunächst ist nach den Folgen für den Bestand der Gesellschaft (nachstehend 2.) und für die Rechtsstellung der Aktionäre (nachstehend 3.) zu fragen. Sodann sind deren Rechtsbehelfe zu untersuchen (nachstehend 4.). Schliesslich bleiben die Verantwortlichkeiten (nachstehend 5.) zu prüfen.

83 Im positiven oder negativen Sinne.

83a Dies bedeutet nicht, dass die Verwaltung einer Grossgesellschaft nun jedes Eintragungsgesuch tatsächlich selber behandeln muss. Sie kann Hilfspersonen beiziehen, wenn und soweit diese auf Grund objektiver Kriterien (z.B. Schweizer Bürgerrecht) rein exekutiv handeln können, weil dies keine Delegation von Entscheidungskompetenz ist. Alle Ermessensentscheide muss jedoch die Verwaltung fällen und es verbleibt ihr auch alle Verantwortung.

84 Vgl. vorn bei Anm. 31 und 41.

85 Zur direkten, nicht bloss analogen Anwendung von OR 721 II vgl. vorn Anm. 50.

85a Die Ausführungen unter Anm. 83a hiavor gelten mutatis mutandis auch hier.

2. Folgen für den Bestand der Gesellschaft

Da es sich bei OR 685 um eine Ordnungsvorschrift handelt⁸⁶, hat ihre Verletzung keinen Einfluss auf den Bestand der Gesellschaft⁸⁷, und zwar auch dann, wenn das Grundkapital der Gesellschaft von Anfang an ausschliesslich aus Namenaktien besteht.

3. Folgen für die Rechtsstellung der Aktionäre

Kommt die Gesellschaft der Pflicht zur Führung des Aktienbuches überhaupt nicht oder nur ungenügend nach, so bleibt die Rechtsstellung der Aktionäre davon unberührt⁸⁸. Für die Aktionäre ergeben sich also aus der Pflichtverletzung der Gesellschaft grundsätzlich keine nachteiligen Wirkungen⁸⁹. Auch hier liegt der Grund in der Natur von OR 685⁹⁰ und in der Überlegung, dass die Gesellschaft aus einer Pflichtverletzung nicht soll Vorteile ziehen können⁹¹. Eine Verschlechterung der Position der Aktionäre müsste nämlich auch hier zwangsläufig eine Verbesserung auf seiten der Gesellschaft bewirken.

Die praktisch wichtigste Konsequenz daraus ist, dass sich die Gesellschaft in dieser Situation nicht auf OR 685 IV berufen und auf diese Weise die Legitimation eines missliebigen Aktionärs bestreiten kann⁹².

4. Rechtsbehelfe des Aktionärs

a) Der Aktionär hat Anspruch darauf, dass sich die Gesellschaft an Gesetz und Statuten hält. Tut sie dies nicht, so fragt es sich, wie der Aktionär die Herstellung des rechtmässigen Zustandes — hier die korrekte Führung des Aktienbuches — durchsetzen kann.

86 Hinten Anm. 116.

87 BGE 86 II 98; Bürgi, OR 685 N 1; Stauffer 129, 162; Böckli 92; Haefliger 42; Charaf 13.

88 BGE 86 II 98; Bürgi, OR 685 N 1; Stauffer 129, 162; Böckli 92; Haefliger 42; Charaf 13.

89 Vgl. aber immerhin vorn Anm. 12.

90 Vgl. soeben 2.

91 Vgl. Haefliger 42 mit zahlreichen Hinweisen und hinten nach Anm. 117.

92 BGE 86 II 97 ff. sowie ein unveröffentlichter BGE von 1941, ausführlich geschildert bei Carry, Problèmes 166 ff.; ZR 39 (1940) 218 Nr. 97; SJZ 38 (1941/42) 315 Nr. 149 = Rep. 75 (1942) 79; Bürgi, OR 685 N 2; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 174; Schucany, OR 686 N 4; Carry, Problèmes 168; Böckli 92. Beispiele für die ursprünglich gegenteilige Auffassung der Gerichte: BGE 69 II 318; ZR 37 (1938) 165 Nr. 77.

b) Im *Normalfall* ist, wie gesehen⁹³, die *Verwaltung* für die Führung des Aktienbuches *zuständig*. Kommt sie dieser Pflicht überhaupt nicht oder nur unvollständig nach, so wird oft nicht einmal ein Beschluss der Verwaltung vorliegen. Da jedoch selbst formelle Verwaltungsratsbeschlüsse nicht mit einem Rechtsbehelf vor den Richter gebracht werden können⁹⁴, kommt ein direktes Vorgehen gegen die Verwaltung nicht in Frage.

Möglich ist hingegen eine *Klage auf Einrichtung des Aktienbuches* gegen die Gesellschaft selber⁹⁵. Diese Klage besteht entgegen Reich⁹⁶ ohne Rücksicht auf die Bedeutung, welche das Aktienbuch für den Wechsel der Mitgliedschaft hat. Sie ist allein schon dadurch gerechtfertigt, dass es jedem Aktionär zustehen muss, von der Gesellschaft die Einhaltung von Gesetz und Statuten zu verlangen. Bevor die Sache vor den Richter gebracht wird, kann der Aktionär selbstverständlich versuchen, die Angelegenheit in der Generalversammlung zu bereinigen. Dies dürfte sich aber nur in überblickbaren Verhältnissen empfehlen, die eine Bereinigung auf diesem Wege mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten lassen.

c) Ist die *Generalversammlung* mit der Führung des Aktienbuches betraut, so ergeben sich zwei Möglichkeiten:

Liegt ein *Beschluss* der Generalversammlung vor⁹⁷, so kann dieser als gesetzwidrig im Verfahren nach OR 706 beim Richter *angefochten* werden⁹⁸.

Andernfalls bleibt nur die allgemeine *Klage* auf Vollzug von Gesetz und Statuten⁹⁹.

d) Ist die Führung des Aktienbuches der *Kontrollstelle* oder einem besonderen Gesellschaftsorgan anvertraut, so steht gleichfalls nur die *Klage* gegen die Gesellschaft offen¹⁰⁰. Selbstverständlich steht es aber auch hier jedem Aktionär frei, die Sache vorerst in der Generalversammlung zur Sprache zu bringen.

5. Verantwortlichkeit

a) Verletzt die Gesellschaft ihre Pflicht zur ordnungsgemässen Führung des Aktienbuches, stellt sich die Frage der zivil- und strafrechtlichen¹⁰¹ Verantwortlichkeit.

93 Vorn Anm. 40.

94 Vgl. BGE 76 II 51 ff.; Pra. 55 (1966) 60; Bürgi, OR 717 N 24; Weiss N 238 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 24 N 11; Kummer 123.

95 Pestalozzi-Henggeler 43; Conne 83 f. mit Hinweisen; Mercier 168 mit Hinweisen; Stauffer 161; unter ausdrücklicher Berufung auf OR 685 I Winkler 13 f.; Reich 26; Böckli 92; Bürgi, OR 685 N 3; Schucany, OR 685 N 1; vgl. auch BGE 76 II 67 f.

96 S. 26.

97 Etwa lautend: Auf die Einrichtung eines Aktienbuches wird verzichtet.

98 Vgl. Bürgi, OR 706 N 50 ff.; F. von Steiger 203 ff.

99 Vgl. soeben Anm. 95.

100 Soeben Anm. 95.

101 Eine verwaltungsrechtliche oder disziplinarische steht von vorneherein ausser Frage.

b) Voraussetzung für die *zivilrechtliche Verantwortlichkeit* ist, dass ein Schaden eingetreten ist, dass die ins Recht gefassten Personen pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben und der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem pflichtwidrigen, schuldhaften Verhalten adäquat ist¹⁰².

Verantwortlich sind – neben der Gesellschaft nach OR 718 III bzw. ZGB 55 II¹⁰³ – grundsätzlich diejenigen Personen, welche dem mit der Führung des Aktienbuches betrauten Gesellschaftsorgan angehören¹⁰⁴. Fehlende oder mangelhafte Führung des Aktienbuches wird allemal eine Pflichtverletzung darstellen¹⁰⁵. Da schon leichte Fahrlässigkeit genügt, wird auch das Verschulden regelmässig erfüllt¹⁰⁶ und, falls ein Schaden entstanden ist, die Adäquanz des Kausalzusammenhangs selten problematisch sein¹⁰⁷.

Hingegen dürfte es vielfach fraglich erscheinen, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist¹⁰⁸. Auch hier kommt es wesentlich darauf an, welche Wirkung man der Eintragung im Aktienbuch beimisst. Da aber die Gesellschaft aus der mangelhaften Führung des Aktienbuches keine Rechte ableiten darf und daher die Stellung des Aktionärs grundsätzlich nicht verschlechtert wird¹⁰⁹, werden die Fälle eher selten sein, in denen ein Schaden vorliegt. Ist das aber der Fall und sind auch die anderen Haftungsvoraussetzungen erfüllt, so wird Schadenersatz geschuldet.

Es ist also grundsätzlich richtig, wenn allgemein festgestellt wird, dass die Verletzung der Pflicht zur Führung des Aktienbuches die Verantwortlichkeit der betreffenden Organpersonen bewirkt¹¹⁰. Gleichzeitig haftet diesfalls die Gesellschaft¹¹¹, da ein sogenannter direkter Schaden^{111a} vorliegt. Allerdings muss betont werden, dass die praktische Bedeutung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit mangels effektiver Schädigung recht gering sein dürfte, obwohl mangelhafte oder gar fehlende Aktienbuchführung häufig ist¹¹².

c) Das Problem der *strafrechtlichen Verantwortlichkeit* stellt sich nur, wenn man das Aktienbuch zu den Geschäftsbüchern zählt. Dann nämlich könnte die Vernach-

102 Forstmoser N 1.

103 Zu dieser Konkurrenz vgl. Forstmoser N 463.

104 Vgl. dazu Forstmoser N 4. – Zur Beschränkung der Haftung auf die Verantwortung für sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der Beauftragten bei erlaubter Delegation siehe Forstmoser N 230 und vorn bei Anm. 74.

105 Dazu Forstmoser N 175 ff.

106 Dazu Forstmoser N 199 ff.

107 Dazu Forstmoser N 186 ff. und hinsichtlich der geringen Anforderungen an dieses Kriterium besonders N 189.

108 Dazu Forstmoser N 125 ff.

109 Vgl. hinten nach Anm. 117 und vorn bei Anm. 91; siehe aber auch vorn Anm. 12.

110 Schucany, OR 685 N 1, ferner OR 686 N 2; Funk, OR 685 f. N 1; SAG 28 (1955/56) 73; Forrer 239, 242; Pestalozzi-Henggeler 42 f., 52 f.; Hagmann 71; Widmer 37, 45; Trüb 23; Bürgi, OR 685 N 1 und 21; Stauffer 161; Haefliger 42; Reich 26.

111 OR 718 III bzw. ZGB 55 II; Forstmoser N 463 mit Hinweisen.

111a Vgl. Forstmoser N 158 ff.

112 Stauffer 42, 129; Patry 149; Haefliger 42.

lässigung der Pflicht zur Führung des Aktienbuches den Übertretungstatbestand von StGB 325 erfüllen¹¹³. Da aber nach m.E. richtiger Auffassung das Aktienbuch nicht zu den Geschäftsbüchern gehört¹¹⁴, braucht diese Frage nicht näher erörtert zu werden. Urkundendelikte, insbesondere Falschbeurkundung nach StGB 251, kommen m.E. nicht in Betracht, weil das Aktienbuch weder für den Übergang der Mitgliedschaft noch für die Legitimation des Aktionärs konstitutive Bedeutung hat und somit auch kein Beweismittel für die Richtigkeit der wiedergegebenen Aktionärsverhältnisse ist^{114a}.

V. Bedeutung

Wie schon dargelegt¹¹⁵, darf die Rechtsstellung des Aktionärs nicht davon abhängen, ob die Gesellschaft das Aktienbuch rechtzeitig errichtet oder nicht. Das gilt nicht nur für den Zeitpunkt, sondern für die Errichtung überhaupt. Bei OR 685 I handelt es sich nämlich um eine blosse Ordnungsvorschrift¹¹⁶, und zwar unabhängig davon, welche Bedeutung man der Eintragung im Aktienbuch zumisst¹¹⁷. Die Verletzung einer Ordnungsvorschrift kann niemals dazu führen, dass die Rechte anderer verkürzt werden. Dies ergibt sich schon aus der allgemeinen Überlegung, wonach eine Pflichtverletzung die rechtliche Stellung des Verletzers grundsätzlich nicht verbessern kann. Genau dies wäre aber der Fall, wenn die Gesellschaft Aktionäre an der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte hindern könnte, indem sie kein Aktienbuch führt. Jedenfalls kann die Gesellschaft aus der Mangelhaftigkeit oder dem Fehlen des Aktienbuches keine Rechte ableiten¹¹⁸.

113 StGB 325 lautet: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig der gesetzlichen Pflicht, Geschäftsbücher ordnungsgemäss zu führen, nicht nachkommt, ... wird mit Haft oder Busse bestraft."

114 Vgl. vorn § 2 Anm. 21 und 26.

114a Vgl. hinten die §§ 15 und 16 und zur Beweisfunktion Günter Stratenwerth, Urkundendelikte unter dem Aspekt der Wirtschaftskriminalität, SJZ 76 (1980) 1 ff., insbes. 3.

115 Vorn II. 1. lit. c) und Anm. 91.

116 BGE 86 II 98; Bürgi, OR 685 N 1 und Vorbem. zu OR 683 ff. N 28; Haefliger 42; Stauffer 162.

117 Dazu hinten §§ 15 ff.

118 Vgl. dazu ZR 39 (1940) 216 ff. Nr. 97, wo die Berufung auf OR 685 IV als rechtsmissbräuchlich erklärt wurde. Dem Entscheid ist in diesem Punkte vorbehaltlos zuzustimmen. Vgl. auch vorn bei Anm. 12.

§ 6 Kontrolle des Aktienbuches

I. Berechtigtes Interesse

Aktionär und Gesellschaft haben ein berechtigtes Interesse daran, dass das Aktienbuch korrekt geführt wird. Wenn die Legitimationsfunktion des Aktienbuches auch vorab im Interesse der Gesellschaft geschaffen wurde, so erleichtert sie als Nebeneffekt auch dem Aktionär die Rechtsausübung¹. Es fragt sich daher, ob und gegebenenfalls durch wen die Führung des Aktienbuches kontrolliert werden soll.

II. Mögliche Kontrollorgane

1. Kontrollstelle

Naturgemäss stellt sich vorab die Frage, ob die Kontrollstelle das richtige Organ für diese Aufgabe ist, da sie ohnehin Kontrollaufgaben zu erfüllen hat. Die Antwort ist negativ. Nach herrschender und m.E. richtiger Auffassung ist das Aktienbuch kein Geschäftsbuch². Infolgedessen unterliegt es nicht von Gesetzes wegen der Prüfung durch die Kontrollstelle³.

Anders ist die Rechtslage dann, wenn der Kontrollstelle ausdrücklich eine solche zusätzliche Kontrollfunktion übertragen wird, was m.E. ohne weiteres zulässig ist, da auch hier bloss die Ordnungsmässigkeit und nicht die Zweckmässigkeit zu prüfen ist⁴.

2. Verwaltung

Der Verwaltung obliegt gemäss OR 717 ff. die Geschäftsführung. Ergibt sich daraus, dass sie befugt sein muss, die Führung des Aktienbuches zu kontrollieren, gleichgültig welches Organ mit dieser Aufgabe betraut ist⁵? Man könnte argumentieren,

1 Vgl. Haeffliger 44; Stauffer 162; hiezu sowie zu den anderen Zwecken des Aktienbuches vgl. § 3. – Mit Recht weist Haeffliger 42 darauf hin, dass das Interesse des Aktionärs nicht stark ins Gewicht fällt, da eine mangelhafte Führung des Aktienbuches die Rechtsstellung des Aktionärs nicht tangiert; vgl. dazu § 5 V. Zur Charakterisierung dieses Interesses siehe auch § 7 Anm. 3.

2 Vgl. vorn § 2 bei Anm. 21 und 26.

3 Bürgi, OR 685 N 8; Funk, OR 685 f. N 1; Schucany, OR 685 N 1; Böhler 39; SAG 28 (1955/56) 73.

4 Über die Möglichkeit, die Aufgaben der Kontrollstelle zu erweitern, vgl. etwa Bürgi, OR 731 N 4 ff. und OR 728 N 44 ff., je mit Hinweisen sowie Forstmoser/Meier-Hayoz, § 27 N 2 f.

5 Vgl. vorn § 5 III. 1.

dass die Verwaltung für alle Verwaltungshandlungen – und damit auch für die Führung des Aktienbuches – verantwortlich ist⁶. Ausserdem sind ihr nach OR 721 II alle Aufgaben übertragen, die nicht ausdrücklich einem anderen Gesellschaftsorgan zugeschrieben sind.

Trotzdem ist die Frage aus folgenden Gründen zu verneinen: Wie gesehen⁷ obliegt die Aktienbuchführung in aller Regel der Verwaltung. Stünde ihr nun auch noch ein besonderes Kontrollrecht zu, so würde sie sich demnach im Normalfall selber kontrollieren, was nicht sehr sinnvoll wäre.

Hat die Verwaltung jedoch die Führung des Aktienbuches delegiert, so erwächst ihr daraus nicht nur ein selbständiges Kontrollrecht, sondern sogar eine Kontrollpflicht, weil sie für die Aktienbuchführung verantwortlich bleibt⁸.

Ist die Führung des Aktienbuches ausdrücklich einem anderen Gesellschaftsorgan übertragen⁹, besteht ein Kontrollrecht der Verwaltung m.E. nur dann, wenn es ebenfalls ausdrücklich statuiert ist; denn ein allgemeines Kontroll- oder Aufsichtsrecht der Verwaltung gegenüber den anderen Organen besteht nicht, gilt doch nach herrschender Auffassung im gegenseitigen Verhältnis der Organe das Paritätsprinzip¹⁰.

3. Generalversammlung

Weiter fragt es sich, ob nicht der Generalversammlung ein Kontrollrecht von Gesetzes wegen zustehen muss, da sie – wenigstens formell – das höchste, das für die Willensbildung zuständige Gesellschaftsorgan ist¹¹. Gegen eine solche Kontrollkompetenz von Gesetzes wegen spricht neben dem schon vorhin erwähnten Paritätsprinzip¹² vor allem die Kompetenzvermutung von OR 721 II. Ferner ist zu beachten, dass die Kontrollrechte der Generalversammlung ohnehin von beschränktem Umfange sind¹³.

Andererseits ist es zweifellos möglich, dass der Generalversammlung in den Statuten ausdrücklich eine Kontrollkompetenz verliehen wird. Allerdings erscheint die Generalversammlung als relativ schwerfälliges Kollektivorgan für diese Aufgabe

6 Das Argument hält einer genaueren Prüfung nicht stand. Gemäss OR 721 können Geschäftsführungsaufgaben zumindest im Innenverhältnis an andere Organe übertragen werden. Geschieht dies, so ist die Verwaltung für die entzogenen Aufgaben gerade nicht verantwortlich.

7 Vgl. vorn § 5 Anm. 40.

8 Vgl. vorn § 5 Anm. 74.

9 Dazu vorn § 5 III. 1.

10 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 16 N 6 mit Hinweisen. Bürgi, Vorbem. zu OR 698 ff. N 45 und (im Anschluss an diesen) das Bundesgericht in BGE 100 II 387 ff. sind im Ergebnis der gleichen Auffassung, wenn sie auch von "sehr eingeschränkter Omnipotenz" der Generalversammlung bzw. "relativer Gleichheit der Organe" sprechen.

11 Vgl. OR 698 I; BGE 100 II 387 E 2a; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 16 N 4 f.

12 Vgl. soeben Anm. 10.

13 Vgl. etwa Forstmoser/Meier-Hayoz, § 18 N 11 ff. und 16 ff.

nicht gerade prädestiniert. Eine solche Lösung dürfte daher praktisch nur für Gesellschaften mit kleinem Aktionärskreis ernsthaft erwogen werden.

4. Aktionäre

Da das Aktienbuch nicht zu den Geschäftsbüchern zählt¹⁴, kann dem einzelnen Aktionär hinsichtlich des Aktienbuches kein Kontrollrecht im Sinne von OR 697 zukommen¹⁵. Angesichts der generell schwach ausgestalteten Stellung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft müsste man für ein spezielles Kontrollrecht des Aktionärs ex lege wohl eine ausdrückliche Grundlage im Gesetz haben, die jedoch fehlt¹⁶.

Die ausdrückliche Verleihung eines Kontrollrechts an den einzelnen Aktionär in den Statuten ist zwar theoretisch denkbar, aber doch eher abwegig.

5. Besonderes Organ

Auf Grund der allgemeinen Kompetenz der Gesellschaft, zusätzliche Organe zu schaffen¹⁷, kann ohne weiteres ein spezielles Kontrollorgan eingesetzt werden, das die Führung des Aktienbuches überwacht¹⁸. Weil mit einem Spezialorgan Kompetenzkonflikte zwischen den Organen am ehesten vermieden werden können und die Zuständigkeitsordnung der obligatorischen Organe nicht mit zusätzlichen Zweifeln belastet wird, dürfte in der Regel eine solche Lösung am zweckmässigsten sein.

III. Praktisches Bedürfnis

Steht nun fest, dass die Gesellschaft eine Kontrolle über das Aktienbuch einrichten kann, so fragt es sich noch, ob eine solche Massnahme auch wirklich nötig und angezeigt ist.

Wie schon dargestellt¹⁹, dient das Aktienbuch vorab der Gesellschaft. Sie hat also ein Interesse daran, dass es korrekt geführt wird, und das zuständige Organ wird

14 Vgl. vorn § 2 bei Anm. 21 und 26.

15 Bürgi, OR 685 N 8; Schucany, OR 685 N 1; Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 4; unter Berufung auf Jäggi und Bürgi beiläufig auch BGE 90 II 174.

16 Inwieweit die Aktionäre überhaupt ein Recht auf Einsicht ins Aktienbuch besitzen, wird in § 7 II. 1. behandelt.

17 Vgl. dazu etwa Bürgi, Vorbem. vor OR 698 ff. N 23, 33 ff.

18 Über die Opportunität sogleich unter III.

19 Soeben vor Anm. 1 sowie allgemein vorn § 3 Anm. 2.

daher in der Regel für eine ordnungsgemässe Führung des Aktienbuches besorgt sein, und zwar nicht zuletzt auch wegen der strengen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit²⁰.

Sollte jedoch einmal ein Fehler auftreten, ist die Gefahr einer Schädigung der Gesellschaft sehr gering. So wird sich hinsichtlich der Legitimationsfunktion des Aktienbuches zeigen, dass sich die Gesellschaft auf den Aktienbucheintrag verlassen darf, aber nicht muss²¹. Auch aus der Funktion des Aktienbuches bei der Gesellschafterkontrolle²² kann der AG kein Schaden erwachsen: Entweder sind die Aktien vinkuliert, und dann kann die Gesellschaft auf Übertragungsgenehmigung und Eintrag Einfluss nehmen, oder sie sind es nicht, und dann hat der durch Titelbesitz und ununterbrochene Indossamentenreihe legitimierte Ansprecher einer Namenaktie Anspruch auf Eintragung²³. Was die Funktion des Aktienbuches hinsichtlich der Haftung für nicht einbezahltes Grundkapital angeht, ist zu beachten, dass stets ein haftendes Rechtssubjekt vorhanden ist, weil der alte Aktionär erst durch die Eintragung des neuen Aktionärs aus seiner Schuldverpflichtung entlassen wird²⁴. Bezüglich des Aktienbuches als Adressverzeichnis ist schliesslich festzuhalten, dass die persönlichen Mitteilungen an die Aktionäre nicht obligatorischerweise mit Hilfe des Aktienbuches erfolgen müssen²⁵.

Im übrigen hat auch der einzelne Aktionär ein Interesse daran, dass seine Eintragung stimmt²⁶. Er hat auch die Mittel dazu, den ihn betreffenden Eintrag zu überprüfen²⁷ und notfalls zu korrigieren²⁸.

Ferner wird sich erweisen, dass dem Aktienbuch eine viel geringere Bedeutung zukommt, als vielfach angenommen wird²⁹. Schon aus diesem Grunde kann ein Fehler im Aktienbuch für die Gesellschaft nicht sehr schwer wiegen.

Alle diese Überlegungen führen zu folgendem *Ergebnis*: Das Gesetz verlangt weder ausdrücklich noch sinngemäss eine besondere Kontrolle des Aktienbuches. Die Einsetzung einer Kontrollinstanz ist zwar möglich und insbesondere in der Form eines besonderen statutarischen Organs auch ohne weiteres denkbar. Hingegen drängt sich eine solche Massnahme von der Sache her nicht auf und der Aufwand dürfte sich kaum lohnen³⁰.

20 Zu dieser vgl. vorn § 5 IV. 5. b).

21 Vgl. hinten § 14 Anm. 34 und vorn § 3 Anm. 10.

22 Dazu vorn § 3 II. 2.

23 Dazu hinten § 12.

24 OR 687; vgl. auch hinten § 17.

25 Dazu vorn § 3 II. 4.

26 Soeben Anm. 1 und sodann hinten § 12.

27 Dazu hinten § 7.

28 Dazu §§ 12 und 14.

29 Diese Tatsache wird namentlich hinten im 3. Kapitel deutlich.

30 Man wird auch ohne eine rechtstatsächliche Untersuchung die Aussage wagen dürfen, dass die Frage der Kontrolle des Aktienbuches im Alltag der Aktiengesellschaften keine Rolle spielt. Dies ist m.E. mit Recht so.

§ 7 Einsichtsrechte

I. Allgemeines

Das Aktienbuch enthält eine ganze Anzahl von Daten – Name, Wohnort und in der Regel auch die Adresse der Namenaktionäre, die Anzahl der Aktien usw.¹ –, die für die verschiedensten Personen von Interesse sein können. Es fragt sich daher, wer zu den Informationen des Aktienbuches berechtigten Zutritt hat.

Die Lehre ist sich vorab darin einig, dass die Frage im Gesetz nicht geregelt ist². Es muss deshalb im folgenden für jede Kategorie von Interessenten einzeln untersucht werden, ob und in welchem Umfange ihr Einsichtsrechte ins Aktienbuch zustehen. Besteht kein Einsichtsrecht, so bleibt zu klären, ob die Gesellschaft berechtigt ist, freiwillig Einblick zu gewähren. Abschliessend ist in einem Exkurs auf die rechtliche Situation bei Listen über Inhaberaktionäre hinzuweisen.

II. Die Einsichtsrechte der einzelnen Interessenten

1. Aktionäre

a) Hier sind drei Problemkreise auseinanderzuhalten:

- das Einsichtsrecht des Aktionärs in den ihn selber betreffenden Eintrag (nachstehend b));
- das Einsichtsrecht des Aktionärs in die Eintragung anderer Aktionäre (nachstehend c));
- das Recht der Gesellschaft, Aktionären Einblick in die Eintragungen von Mitaktionären zu verschaffen (nachstehend d)).

b) Neben der Gesellschaft selber hat auch der einzelne Aktionär ein aktuelles Interesse daran, dass der ihn betreffende Eintrag richtig ist³. Dieses Interesse kann er nur wahrnehmen, wenn er die Möglichkeit hat, in seine Eintragung Einsicht zu nehmen und sie zu prüfen. Das Einsichtsrecht ist die Basis für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte auf Grund des Aktienbuches und ergibt sich unmittelbar aus der Mitgliedschaft⁴. Es wird daher allgemein angenommen, dass dem Aktionär ein freies, unbeschränktes Einsichtsrecht hinsichtlich seiner eigenen Eintragung zusteht⁵.

1 Vgl. vorn § 2 Anm. 11 und hinten § 13.

2 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 100; Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 4; Winkler 15; ferner Pestalozzi-Henggeler 47.

3 Vgl. vorn § 6 I.

4 Bürgi, OR 685 N 27.

5 F. von Steiger 28; Bürgi, OR 685 N 27; Schucany, OR 685 N 1; Funk, OR 685 f. N 1; Forrer 237; Böckli 92; Wieland 34 f.; Stechel 4; Reich 25; Eigenmann, SAG 35 (1962/63)

c) Hingegen ist umstritten, in welchem Umfange und ob überhaupt dem Aktionär ein Einsichtsrecht in die Eintragungen über andere Aktionäre zusteht. Allerdings wird – soweit ersichtlich – von keiner Seite behauptet, dem Aktionär stehe das ganze Aktienbuch zur freien Einsicht offen^{5a}. Man ist sich also einig, dass Schranken bestehen⁶.

aa) Über den Umfang dieser Schranken des Einsichtsrechtes gehen die Meinungen in der Doktrin allerdings weit auseinander:

Ein Teil der Lehre behandelt das Aktienbuch als Geschäftsbuch und gestattet daher in Anwendung von OR 697 II die Einsichtnahme nur, wenn Generalversammlung oder Verwaltung die Erlaubnis erteilt, wobei das Geschäftsgeheimnis⁷ zu wahren ist⁸. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil das Aktienbuch kein Geschäftsbuch ist⁹.

Ohne nähere Begründung lehnen Bürgi¹⁰, Schucany¹¹ und Forrer¹² ein freies Einsichtsrecht ab und verlangen eine ausdrückliche Bewilligung durch die Verwaltung. Nach Bürgi darf diese nur erteilt werden, wenn der Aktionär ein schutzwürdiges Interesse nachweist¹³.

Pestalozzi-Henggeler¹⁴ und Conne¹⁵ wollen OR 697 II analog anwenden, weil eine ausdrückliche Regelung im Gesetz fehlt^{15a}. Ebenfalls für die analoge Anwendung von OR 697 II ist Ribl¹⁶, der seine Auffassung allerdings nicht begründet.

Eigenmann¹⁷ schliesslich rechnet die Eintragung im Aktienbuch sowohl zur Geheimnissphäre der Gesellschaft als auch des betreffenden Aktionärs. Er verlangt daher für die Einsichtnahme in einen fremden Eintrag kumulativ das Einverständnis der Gesellschaft und des betroffenen Aktionärs. Ausserdem hat seiner Auffassung

6, 7; ders., SAG 23 (1950/51) 206; Böhler 39; Schett 42; ferner mit Berufung auf die Pflicht zur Urkundeneidung nach § 232 des Zürcher EG zum ZGB, wo allerdings der Nachweis eines rechtlichen Interesses vorausgesetzt wird, Pestalozzi-Henggeler 47.

5a De lege ferenda ist dieser Auffassung allerdings Hirsch 325, 331 sowie ders., ZSR 85 (1966) II 646 f.

6 So auch beiläufig BGE 90 II 174. Vehement gegen die freie Einsicht in die Eintragungen anderer Aktionäre äussert sich Reichwein, SAG 42 (1970) 155 f. Da es an einer Regelung im Gesetz fehlt, gegen ein absolutes Einsichtsrecht des Aktionärs auch Hirsch 318.

7 Zu diesem Geheimhaltungsinteresse vgl. Spiro, SAG 31 (1958/59) 16 f., wo dies allerdings im Hinblick auf das Einsichtsrecht des einzelnen Verwaltungsrates untersucht wird.

8 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 100; Winkler 15; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 180; Schulthess 27; ferner Mercier 167. Inkonssequenterweise bloss für analoge Anwendung von OR 697 II Reich 25 f.

9 Vgl. dazu vorn § 2 Anm. 21 und 26.

10 OR 685 N 28.

11 OR 685 N 1.

12 S. 237 f.

13 Ebenso Schett 42.

14 S. 47.

15 S. 81.

15a Ähnlich Hirsch 319 f., 325 und mit Empfehlung für eine liberale Handhabung 331.

16 S. 252.

17 SAG 35 (1962/63) 4 ff.

18 Ähnlich auch Böhler 39.

nach das Interesse des mit dem Einsichtsrecht belasteten Aktionärs grundsätzlich Vorrang¹⁸.

bb) Wenn man dieses Problem lösen will, muss man m.E. zwei Dinge auseinanderhalten und sich fragen, ob das Aktienrecht selber ein Einsichtsrecht gewährt oder ob ein Einsichtsrecht auf Grund rechtlich geschützter anderweitiger Interessen besteht.

Es ist zunächst richtig, dass ein Aktionär vielerlei wirtschaftliche Interessen daran haben kann, die Eintragungen anderer Aktionäre zu kennen¹⁹. Hingegen sind keine rechtlichen Interessen erkennbar, die ein Recht auf Einsicht erfordern würden. Insbesondere ist das Aktienbuch nicht dazu bestimmt, einem Aktionär die Auffindung von Mitgesellschaftern für Absprachen über die Stimmabgabe in der Generalversammlung, Kontakte zur Erreichung bestimmter Quoren²⁰ und dergleichen zu ermöglichen oder auch nur zu erleichtern²¹. Die entgegengesetzte Auffassung des Zürcher Obergerichtes²² zur Einsichtnahme in das Mitgliederverzeichnis einer Genossenschaft zwecks Einberufung einer Generalversammlung nach OR 881 II scheint, jedenfalls bezüglich der materiellrechtlichen Erwägungen des Entscheides, wenig überzeugend²³. Für die AG lässt sich aus diesem Entscheid jedoch schon wegen der Unterschiede zwischen beiden Gesellschaften nichts ableiten²⁴.

Soweit ich sehe, ist der einzige Ort, an dem seitens der Aktionäre gesellschaftsrechtlich motivierte Interessen an den Eintragungen von anderen Gesellschaftern entstehen können, die Generalversammlung. Ist dort die Legitimation eines Gesellschafters umstritten, so ist es nicht etwa ein Problem des einzelnen Aktionärs, sondern der Gesellschaft, ob sie einen Ansprecher für legitimiert halten will. Soll die umstrittene Legitimation nach dem Willen der Generalversammlung²⁵ anhand

19 Etwa im Hinblick auf den Erwerb weiterer Aktien oder die Bildung von Aktionärskonsortien. Eingehend zu den Motiven Hirsch 309 f.

20 Etwa für die Einberufung einer Generalversammlung (OR 699 III) oder zur Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund (OR 736 Ziff. 4).

21 Zu den Zwecken des Aktienbuches vgl. vorn § 3.

22 SJZ 77 (1981) 10 ff. Nr. 2 = ZR 78 (1979) 56 ff. Nr. 35.

23 So macht man es sich angesichts der aktienrechtlichen Diskussion (vgl. dazu vorn § 2 Anm. 21) und der Auffassung des Bundesgerichts (vgl. vorn § 2 Anm. 26) wohl etwas einfach, wenn man das Mitgliederverzeichnis kurzerhand in Analogie zur angeblichen Regelung bei der AG zum Geschäftsbuch macht unter Hinweis auf eine Note im Kommentar Bürgi, die nicht den Kern der Sache beschlägt. Auch wäre es einer näheren Begründung wert, weshalb das Einsichtsrecht unerlässliche Voraussetzung für das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung nach OR 881 II sein soll. Schliesslich klingt es fast etwas naiv, wenn zugunsten des Einsichtsrechtes in casu ausgeführt wird, der Einsicht begehrende Genossenschafter wolle nach eigenen Angaben die gewonnenen Informationen nicht gegen die Interessen der Genossenschaft verwenden, und ausserdem lägen keine Indizien für eine Missbrauchsabsicht vor. Ganz abgesehen davon ist über die Interessen der vom Einsichtsrecht betroffenen Genossenschafter nichts gesagt, obwohl diese bei Grossgenossenschaften sehr wohl ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung ihrer Mitgliedschaft haben könnten.

24 So hat die Persönlichkeit des Gesellschafters bei der Genossenschaft eine viel grössere Bedeutung als bei der AG, vgl. dazu etwa das Ausschlussrecht nach OR 846, zu dem es mit gutem Grund kein aktienrechtliches Pendant gibt.

25 Nicht eines einzelnen Aktionärs.

des Aktienbuches²⁶ geklärt werden, so ist die entsprechende Eintragung offenzulegen²⁷. Insofern ist mit Jäggi²⁸, F. von Steiger²⁹ und Schett³⁰ festzustellen, dass der Aktionär kein Recht darauf hat, seine Stimmkraft vor den übrigen Teilnehmern der Generalversammlung zu verbergen³¹. Entgegen Eigenmann³² steht das Aktienbuch primär im Interesse der Gesellschaft, und die Aktionärsinteressen müssen im Konfliktfall den Gesellschaftsinteressen weichen³³.

Fehlt es an einem rechtlichen Interesse für ein Einsichtsrecht des Aktionärs in fremde Eintragungen, so bleibt noch die Frage, ob die erwähnten wirtschaftlichen Interessen rechtlich geschützt sind. Die Antwort ist m.E. negativ. Zum einen gibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Aktienbuch in irgendeiner Art und Weise den anderen, namentlich eben wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre ausserhalb des Gesellschaftsrechts dienen soll. Zum anderen kommt dem Aktienbuch auch im internen Bereich keinerlei Publizitätsfunktion zu³⁴.

Hat der Aktionär aber weder ein gesellschaftsrechtlich motiviertes noch ein legitimes anderes Interesse an der Einsicht in die Eintragung anderer Aktionäre, so hat er m.E. auch keinen rechtlich geschützten Anspruch darauf.

Sodann sind die Interessen der durch das Einsichtsrecht belasteten Mitaktionäre zu beachten. In BGE 97 II 101 f. wurde entschieden, dass die Mitgliedschaft bei einem privatrechtlichen Verein zur Pflege der zwischenmenschlichen Beziehungen zur Privatsphäre gehört und damit vor allgemeiner Bekanntmachung geschützt ist, und für die AG ist Eigenmann³⁵ der Auffassung, dass jede Einsichtnahme in die Eintragung eines Mitaktionärs eine Verletzung in dessen persönlichen Verhältnissen darstellt. Nun geht es bei der Bekanntgabe des Aktienregisters an Mitaktionäre nicht schlechthin um allgemeine Bekanntgabe, doch bestehen zwischen den Aktionären anerkanntermassen keine Rechtsbeziehungen gesellschaftsrechtlicher Natur³⁶. Man könnte daher wohl argumentieren, der Aktionär – und nicht nur der Inhaberaktionär – habe ein Recht auf Anonymität³⁷. Wenn dies auch sicherlich nicht ohne Schranken gilt³⁸, so kann sich ein Aktionär doch auf die reine Kapitalanlage in Aktien beschränken und auf jegliche Teilnahme am Gesellschaftsleben verzichten,

26 Darüber, ob noch andere Wege denkbar sind, vgl. § 16 III.

27 Es ist also durch das mit der Führung des Aktienbuches beauftragte Organ bekanntzugeben, wieviele Aktien auf den Ansprecher eingetragen sind und über wieviele Stimmen er demzufolge rechtmässig verfügt.

28 Abstimmungsverfahren 396.

29 S. 191.

30 S. 42.

31 Vgl. auch Hirsch 312 Anm. 12bis und 321.

32 SAG 35 (1962/63) 4 ff.

33 Vgl. vorn § 6 I. und § 3 I. sowie für die Gesellschaftsinteressen hinten bei Anm. 49.

34 Vgl. vorn § 2 Anm. 20.

35 SAG 35 (1962/63) 6.

36 Vgl. dazu insbes. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 18.

37 Société anonyme. Für die Anonymität des Inhaberaktionärs vgl. Hirsch 321 ff. und 331.

38 Vgl. soeben Anm. 31 und vor allem Hirsch 316 f.; für die Schranken dieser Anonymität im öffentlichen Recht am Beispiel der sogenannten lex Fugler BGE 105 Ib 309 E 3d.

woraus der u.U. berechnete Wunsch nach Verschwiegenheit erwachsen kann³⁹. Zur Begründung eines eigentlichen Rechts auf Geheimhaltung wird dies allerdings kaum ausreichen.

Ist also einerseits kein förmliches Recht des Aktionärs auf Einsicht in die Eintragungen anderer Aktionäre gegeben und fehlt es andererseits an einem Recht des Aktionärs auf Geheimhaltung seiner Beteiligung, so gibt m.E. der Umstand den Ausschlag, dass das Aktienbuch im Interesse der Gesellschaft besteht und nicht primär den Interessen der einzelnen Gesellschafter dient⁴⁰. Insbesondere ist das Interesse des Einzelaktionärs an der Legitimationswirkung des Aktienbuches bloss eine Reflexion des Gesellschaftsinteresses⁴¹.

Anders ist die Lage natürlich dann, wenn die Statuten dem Aktionär ausdrücklich ein Einsichtsrecht zubilligen⁴².

d) Es stellt sich nun noch die weitere Frage, ob die Gesellschaft dem Aktionär Einsicht geben darf, auch wenn sie hiezu nicht verpflichtet ist. Die Antwort fällt nicht leicht.

Wenn die oft sehr erheblichen wirtschaftlichen Interessen auch nicht ausreichen, ein Einsichtsrecht zu begründen, so könnte man ihnen dadurch Rechnung tragen, dass das für die Aktienbuchführung zuständige Organ, also in der Regel die Verwaltung⁴³, Einsicht gewähren bzw. entsprechende Auskunft erteilen kann, wenn die Interessen der Gesellschaft durch die Offenlegung nicht tangiert werden oder die Auskunftserteilung auch im Interesse der Gesellschaft ist. Andererseits ist gerade dieser letztgenannte Entscheid oft alles andere als einfach, da nicht ohne weiteres vorhersehbar ist, was eine solche Information bewirken kann. Ferner ist zweifelhaft, ob es richtig ist, auf diese Weise Interessen zu berücksichtigen, die eben als rechtlich nicht geschützt qualifiziert wurden⁴⁴. Sodann trägt diese Argumentation den gleichwertigen Interessen der betroffenen Aktionäre auf Wahrung ihrer Privatsphäre nicht Rechnung. Umgekehrt fragt sich auch, ob diese Aktionäre in solchem Umfang vor Kenntnisnahme zu schützen sind⁴⁵, wenn sie sich in der Generalversammlung doch ohnehin offenbaren müssen⁴⁶ oder aber sich auf andere Weise – namentlich durch Fiduziare – besser schützen können⁴⁷.

Da sich kein taugliches Kriterium dafür finden lässt, ob im Konfliktfall die rein faktischen Interessen des Einsicht begehrenden oder des dadurch belasteten Aktio-

39 Dazu eingehend Hirsch 307 f.

40 Vgl. dazu vorn § 3.

41 Vgl. vorn § 6 I. und soeben Anm. 21. Zum Gesellschaftsinteresse siehe hinten bei Anm. 49.

42 Pestalozzi-Henggeler 47; Winkler 15; Reich 25; Schucany, OR 685 N 1; a.M. Mercier 167. – Dies muss m.E. auch für den Fall der nachträglichen Einführung eines statutarischen Einsichtsrechts gelten.

43 Vgl. vorn § 5 III. 1. und dort besonders Anm. 40.

44 Vgl. soeben nach Anm. 34.

45 Vgl. dazu Jäggi, Abstimmungsverfahren 396; Schett 42; Hirsch 331.

46 Immerhin können sie sich auf die reine Kapitalbeteiligung beschränken und auf die Teilnahme an der Willensbildung der Gesellschaft verzichten.

47 Vgl. dazu Hirsch 328 ff. und Spiro, SAG 31 (1958/59) 17, der sich allerdings im Hinblick auf das Einsichtsrecht des einzelnen Verwaltungsrates äussert.

närs den Vorrang verdienen, ist m.E. wiederum das Interesse der Gesellschaft ausschlaggebend⁴⁸. Dieses Interesse der Gesellschaft ist keineswegs etwa das Interesse der Verwaltung⁴⁹. Auch handelt es sich nicht um ein völlig abstraktes Interesse, denn die Gesellschaft ist kein Wert an sich. Nach der für das schweizerische Recht massgeblichen Definition von Meier-Hayoz/Forstmoser⁵⁰, die auch für die AG gilt⁵¹, ist die Gesellschaft eine Personenvereinigung zur gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes; sie besteht also im Interesse ihrer Gesellschafter. Falls diese Interessen divergieren, entscheidet bei der AG die Mehrheit⁵². Im Konfliktfall sind daher die – geäusserten oder mutmasslichen – Interessen der Mehrheit entscheidend⁵³.

2. Generalversammlung

Eigenmann⁵⁴ ist der Auffassung, dass der Generalversammlung ein Einsichtsrecht nur dann zusteht, wenn sie selber als zuständiges Organ für die Entscheidung über die Eintragungen im Aktienbuch bezeichnet ist. Er lehnt ferner ein Einsichtsrecht der Stimmzähler der Generalversammlung ab⁵⁵. Man wird ihm bei dieser Einschränkung nicht folgen können, denn die Generalversammlung muss über den von Eigenmann genannten Fall hinaus auch dann Aufschluss über die Eintragung im Aktienbuch verlangen können, wenn die Legitimation eines Teilnehmers streitig ist⁵⁶. Zweifellos kann es dann zweckmässig sein, diese Einsichtnahme durch die Stimmzähler vornehmen zu lassen, wenn die Offenlegung durch Auskunft des zuständigen Organs nicht genügen sollte⁵⁷.

48 Vgl. soeben vor Anm. 40.

49 Obwohl das soziologisch oft der Fall sein mag.

50 § 1 N 1.

51 Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12 N 12 ff.

52 Vgl. insbes. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 1 N 13 und die extrem mehrheitsfreundliche Praxis, die das Bundesgericht in den Prozessen Ringier & Co. AG v. Jean Frey AG entwickelt hat: BGE 104 II 32 ff.; 102 II 265 ff.; 99 II 55 ff.

53 Unter diesem Aspekt nicht unbedenklich die Überlegungen betreffend die Kontrolle der Mitgliedschaft durch die Verwaltung von Hirsch 309.

54 SAG 35 (1962/63) 8; vgl. auch Hirsch 315.

55 Ebd.

56 Vgl. soeben bei Anm. 27.

57 Im Ergebnis gleich Hirsch 316.

3. Verwaltung

Auf Grund einer sehr differenzierten Untersuchung kommt Spiro⁵⁸ zum Schluss, dass dem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrates grundsätzlich Einsicht ins Aktienbuch zustehen muss⁵⁹. In seiner Argumentation untersucht er dabei namentlich die Interessen der Aktionäre, der Verwaltung und der Gesellschaft selber⁶⁰, wobei er vorab wirtschaftliche und geschäftspolitische Gründe geltend macht. Nur nebenbei erwähnt er⁶¹ den m.E. juristisch ausschlaggebenden Grund:

Obliegt die Aktienbuchführung der Verwaltung⁶², so ist sie für die korrekte Führung des Aktienbuches verantwortlich⁶³. Wie streng diese Verantwortlichkeit im Grunde ist, hat man allgemein erst in den letzten Jahren richtig realisiert⁶⁴. Das m.E. zwingende Korrelat zu dieser strengen Haftung ist das sachlich grundsätzlich unbeschränkte Einsichtsrecht in alle Geschäftsvorgänge und -akten, die von der Verwaltung zu verantworten sind⁶⁵.

Eines der wichtigsten Bedenken von Spiro gegen ein umfassendes Einsichtsrecht der Verwaltung sind Verwaltungsräte, die Konkurrenzunternehmen nahestehen oder angehören. Er gibt die Antwort in einer sehr behutsamen Formulierung selber⁶⁶. Doch muss sie m.E. — weil entscheidend — deutlich herausgestrichen werden: Man wird, zumindest für den Normalfall, davon ausgehen dürfen, dass den Aktionären die wirtschaftliche Position der Anwarter auf ein Verwaltungsratsmandat bekannt ist. Wählt die Generalversammlung unter diesen Umständen eine Person zum Verwaltungsrat, die mit einem Konkurrenzunternehmen liiert ist, so gibt sie ihr Einverständnis dazu, dass die betreffende Person in Geschäftsgeheimnisse Einblick erhält. Es ist dann nicht einzusehen, weshalb gerade das Aktienbuch besonders behandelt werden sollte⁶⁷.

Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Führung des Aktienbuches statutarisch einem anderen Organ übertragen ist. Dann unterliegt die Verwaltung in dieser Hinsicht nicht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Man könnte daher annehmen, dass der Verwaltung unter diesen Umständen bloss ein beschränktes Einsichtsrecht zustünde⁶⁸. Indessen ist das Aktienbuch als Instrument der Gesell-

58 SAG 31 (1958/59) 1 ff., 23.

59 Ebenso Hirsch 313; hingegen vermag der hieraus gezogene Schluss auf das Einsichtsrecht des Minderheitsaktionärs nicht zu überzeugen, vgl. S. 321.

60 SAG 31 (1958/59) 16 ff.

61 a.a.O. 18

62 Dies ist in aller Regel der Fall, vgl. vorn § 5 III. 1. und dort vor allem Anm. 40.

63 Vgl. vorn § 5 Anm. 104.

64 Vgl. die umfassende Darstellung von Peter Forstmoser.

65 Ähnlich Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 7 f.; sodann namentlich Bürgi, OR 717 N 15; ebenfalls für ein freies Einsichtsrecht des einzelnen Verwaltungsrates, jedoch ohne nähere Begründung, F. von Steiger 28.

66 SAG 31 (1958/59) 20.

67 Übrigens dürfte heutzutage die Gefahr der direkten Schädigung der Gesellschaft durch den Konkurrentenvertreter im Verwaltungsrat wesentlich weniger gross sein als die Gefahr der stillen Kartellierung ganzer Branchen, die auf diese Weise gleichgeschaltet werden können.

68 In diesem Sinne wohl Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 8.

schaft ausgestaltet⁶⁹. Soll es ihr also zur Erleichterung des Verkehrs mit den Aktionären, zur Sicherung des ausstehenden Grundkapitals und zur Wahrung der Übersicht über die Beteiligungsverhältnisse dienen, so muss die Verwaltung als aktienrechtliche Exekutive⁷⁰ vollständigen Einblick nehmen können⁷¹. Und zwar muss dieses Einsichtsrecht jedem einzelnen Verwaltungsrat zustehen, der im Rahmen seiner Geschäftsführung Informationen aus dem Aktienbuch benötigt.

4. Kontrollstelle

Da das Aktienbuch kein Geschäftsbuch ist⁷², unterliegt es nicht der üblichen Überwachung durch die Kontrollstelle⁷³. Dieser kommt daher kein Einsichtsrecht zu⁷⁴. Die gegenteilige Auffassung von Aellig⁷⁵ hält einer näheren Prüfung nicht stand. Sie übersieht, dass auch eine Kontrollstelle, die nicht aus Berufsrevisoren besteht, der gesellschaftsrechtlichen Geheimhaltungspflicht unterliegt⁷⁶ und dass sich das Einsichtsrecht der Kontrollstelle deshalb nicht an der Frage der Geheimhaltung gegenüber Dritten entscheidet. Weiter braucht das Aktienbuch entgegen Aellig keineswegs ein Buch *stricto sensu* zu sein⁷⁷ und es gehört ausserdem nicht zu den Geschäftsbüchern nach OR 957⁷⁸. Ferner ist allgemein anerkannt, dass sich die Prüfungspflicht der Kontrollstelle nur auf die Rechnungslegung bezieht⁷⁹. Schliesslich lässt sich daraus, dass weder Gesetz noch Praxis die Einsichtnahme verbieten und dass in der Rechtswirklichkeit angeblich seit Jahrzehnten die Einsichtnahme geduldet wird, nichts ableiten. Selbst wenn nämlich eine langjährige Übung bestehen sollte, was als durchaus zweifelhaft erscheint, ergibt sich daraus noch kein Recht auf Einsicht.

Dieses Einsichtsrecht ist bei genauer Betrachtung auch gar nicht nötig, weil sich die Kontrollstelle ohne besondere Kompetenzzuteilung nicht mit dem Aktienbuch befassen muss. Selbst hinsichtlich des ausstehenden Grundkapitals könnte das Einsichtsrecht der Kontrollstelle nichts nützen, da sie hier wie anderswo die Bonität der Schuldner nicht zu prüfen hat⁸⁰.

69 Vgl. vorn § 3 I.

70 Vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz, § 16 N 1.

71 Für ein unbeschränktes Einsichtsrecht der Verwaltung Hirsch 313.

72 Vgl. vorn § 2 Anm. 21 und 26.

73 Schucany, OR 685 N 1; Funk, OR 685 f. N 1.

74 Ebenso Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 8 und Büchler 39; hinsichtlich der vollliberierten Aktien auch Hirsch 314 f.

75 SAG 35 (1962/63) 275 f.; ferner F. von Steiger 28.

76 Vgl. statt vieler Forstmoser/Meier-Hayoz, § 27 N 30 ff.

77 Vgl. vorn § 4 III.

78 Vgl. vorn § 4 Anm. 12 und § 2 Anm. 21 und 26.

79 Vgl. namentlich Bürgi, OR 728 N 6 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 27 N 6 ff. und § 16 N 1.

80 BGE 65 II 19; Bürgi, OR 728 N 30; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 27 N 12, wo allerdings festgehalten wird, dass die Praxis die Prüfungspflicht der Kontrollstelle zunehmend strenger beurteilt. Immerhin verlangt auch BGE 93 II 22 ff. keine Debitorenbewertung. A.M. Hirsch 314 f.

Ist der Kontrollstelle umgekehrt die Aktienbuchführung selber übertragen, so ist sie nicht auf ein eigentliches Einsichtsrecht angewiesen, sondern hat als Aktienbuchführerin ohnehin jeglichen Aufschluss.

5. Dritte

a) Hier sind drei Fälle auseinanderzuhalten:

- aussenstehende Privatpersonen⁸¹ (nachstehend b));
- Behörden (nachstehend c));
- die Offenlegung im Prozess (nachstehend d)).

b) Nach vorherrschender Auffassung steht das Aktienbuch nicht jedermann zur Einsicht offen⁸². Erweist sich die Publizität des Aktienbuches schon gesellschaftsintern als ziemlich begrenzt⁸³, so kann für Einsichtsrechte Dritter nicht viel Raum sein. Bei genauer Betrachtung zeigt es sich denn auch, dass Aussenstehenden überhaupt kein Einsichtsrecht zukommen kann. Wie Forrer⁸⁴ mit Recht festhält, ist das Aktienbuch eine private Urkunde mit rein gesellschaftsinternen Zwecken⁸⁵. Es ist ein nicht für die Öffentlichkeit bestimmtes Internum der Gesellschaft⁸⁶. Selbst Eigenmann⁸⁷ lässt ein Einsichtsrecht Dritter nur zu, wenn diese ein überwiegendes, schutzwürdiges Interesse geltend machen können, und verlangt überdies die vorgängige Orientierung des betroffenen Aktionärs.

In Wirklichkeit gibt es jedoch keine solchen überwiegenden Interessen, denen das Gesetz Schutz bietet⁸⁸. Natürlich können Dritte tatsächliche, namentlich wirtschaftliche Interessen daran haben, ins Aktienbuch Einsicht zu nehmen⁸⁹. Es steht indessen fest, dass das Aktienbuch ausschliesslich internen Zwecken dient⁹⁰. Gleichzeitig gibt das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Drittinteressen am Aktienbuch geschützt sein sollen. Es ist daher davon auszugehen, dass Dritte keinerlei Einsichtsrechte ins Aktienbuch haben⁹¹.

Umgekehrt kann es einmal im überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegen, einem Aussenstehenden Einblick ins Aktienbuch zu geben⁹². Sie ist dann m.E. zur

81 Insbes. Gesellschaftsgläubiger.

82 F. von Steiger 28; ders., SAG 11 (1938/39) 100; Winkler 15.

83 Vgl. soeben Ziff. 1–4.

84 S. 237.

85 Vgl. vorn § 3 I.; sodann Reich 25; Pestalozzi-Henggeler 47.

86 Stechel 4.

87 SAG 35 (1962/63) 5 ff., 8 f.

88 Gl.M. Pestalozzi-Henggeler 47.

89 Zu denken ist etwa an einen Aussenstehenden, der einen namhaften Anteil am Grundkapital erwerben will. Für Einzelheiten vgl. Hirsch 310 f.

90 Siehe soeben Anm. 85.

91 Gl.M. Stechel 4; Pestalozzi-Henggeler 47; Ribl 252; Reich 25.

92 Zu den Motiven vgl. Hirsch 309.

Einsichtgewährung berechtigt. Zuständig ist in diesem Falle nach OR 721 II die Verwaltung⁹³, die – falls sie das Aktienbuch nicht selber führt – das zuständige Organ mit der Offenlegung beauftragt, wenn und soweit die von ihr vorgenommene Interessenabwägung⁹⁴ ergibt, dass die beantragte Einsichtnahme den überwiegenden Interessen der Gesellschaft dient⁹⁵. Wird diese Interessenabwägung korrekt durchgeführt, kommt die Verwaltung nicht in Konflikt mit ihrer generellen Pflicht zur Geheimhaltung⁹⁶.

Steht die Einsichtnahme bloss im Interesse einzelner Aktionäre, so darf die Gesellschaft die Einwilligung nur erteilen, wenn keine Gesellschaftsinteressen entgegenstehen⁹⁷.

Anstelle der Einsichtnahme kann selbstredend in allen Fällen auch ein Auszug oder eine Bestätigung der Gesellschaft treten.

Der Klarheit halber sei hier nochmals betont, dass nach der hier vertretenen Auffassung ein Auskunftsrecht Dritter nicht besteht, dass aber unter bestimmten Voraussetzungen die freiwillige Herausgabe von Informationen aus dem Aktienbuch an Dritte zulässig ist. Analogien zu OR 697 II und III⁹⁸ kommen daher nicht in Betracht.

c) Wurde soeben ein Einsichtsrecht von Aussenstehenden abgelehnt⁹⁹, so gilt das auch für Behörden. Namentlich Steuerbehörden können nämlich versucht sein, über das Aktienbuch Steuerdefraudanten zu eruieren. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist geklärt, dass jedenfalls das OR ein solches Vorgehen nicht schützt¹⁰⁰. Natürlich steht den Behörden fremder Staaten erst recht kein Einsichtsrecht zu¹⁰¹. Die Gewährung von Einsicht an Behörden fremder Staaten dürfte überdies regelmässig den Straftatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (StGB 273) erfüllen.

Immerhin kann sich aus dem öffentlichen Recht etwas anderes ergeben¹⁰². So wäre es namentlich denkbar, dass Steuergesetze der Steuerfahndung erlaubten, Einsicht in das Aktienbuch zu verlangen¹⁰³. Solange es um die Festsetzung von Steuern

93 Gleich, jedoch ohne nähere Begründung, Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 7.

94 Insofern ist der Ansatz von Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 4 f. richtig, wo zwischen den Interessen der Gesellschaft und der betroffenen Aktionäre abgewogen wird.

95 Entgegen Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 4 ff. geht jedoch das Interesse der Gesellschaft dem Interesse der Aktionäre in der Regel vor – und nicht umgekehrt –, weil das Aktienbuch primär ein Instrument der Gesellschaft ist, vgl. vorn § 3 I. Das Interesse der Gesellschaft ist jedoch das Interesse der Gesellschaftermehrheit, vgl. vorn Anm. 52.

96 Vgl. zu dieser insbes. Bürgi, OR 722 N 11.

97 Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 5 f.

98 Einsichtsrecht der Aktionäre in Geschäftsbücher.

99 Anm. 91 hiervor.

100 Gl.M. Reich 25; a.M. Schlatter, SAG 15 (1942/43) 127 und Forrer 235; unentschieden Bürgi, OR 683 ff. N 5.

101 Dass das von praktischer Bedeutung ist, zeigen die bekannten Versuche von Behörden der USA, bei Gerichten fremder Staaten amerikanisches Recht anwenden zu lassen.

102 Vgl. Hirsch 311 und etwa BGE 105 Ib 309 E 3d zur Auskunftspflicht über Inhaberaktiönäre bei der sogenannten lex Furgler.

103 Eigenmann, SAG 35 (1962/63) 9 f.; SAG 33 (1960/61) 133 f.; F. von Steiger 28.

geht, die von der Gesellschaft zu entrichten sind, ist hiegegen nicht viel einzuwenden¹⁰⁴. Ist die Behörde jedoch auf die Ausforschung einzelner Aktionäre aus, so wäre ein steuerrechtliches Einsichtsrecht ein Zeichen von üblem Fiskalismus.

Es kann im Interesse der Gesellschaft liegen, einer Behörde Aufschluss über das Aktienbuch zu erteilen. Der wichtigste Fall dürfte der von Eigenmann¹⁰⁵ zitierte Nachweis der schweizerischen Nationalität einer Gesellschaft sein. Auch hier wird man das Recht zur Einsichtgewährung billigen müssen. Für Zuständigkeit und Verfahren sei auf Anm. 93 ff. hiavor verwiesen.

d) Wird das Aktienbuch in einem Zivilprozess¹⁰⁶ als Beweismittel angerufen, kommt es zu einer besonders virulenten Interessenkollision, denn das Aktienbuch wurde ja nicht zuletzt im Hinblick auf solche Fälle eingeführt¹⁰⁷. Es wird sich allerdings noch zeigen, dass das Aktienbuch nicht immer den wirklichen Aktionär wiedergibt und seine Beweiskraft daher nicht überschätzt werden darf¹⁰⁸.

Wie die prozessuale Einsichtnahme ins Aktienbuch vor sich geht, lässt sich hier nur skizzieren. Es kommt stets auf die anwendbare Prozessordnung an, ob die Gesellschaft den temporären Ausschluss der Öffentlichkeit¹⁰⁹ oder der Gegenpartei¹¹⁰ verlangen kann, ob die betroffenen Aktionäre ein Einsprucherecht haben, ob dieser Beweis vom Gesamtgericht oder von einer Delegation oder vom Instruktionsrichter abgenommen wird usw.¹¹¹. Indessen ist m.E. unzweifelhaft, dass die Einsicht gewährt werden muss, wenn das als Beweismittel angerufene Aktienbuch nach den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht von vorneherein als untaugliches Beweismittel angesehen werden muss. Die Beweisabnahme hat dann nach den Regeln des massgebenden Prozessrechts unter möglicher Schonung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und der betroffenen Einzelaktionäre zu erfolgen, wobei die Öffentlichkeit¹¹² auf das Verfahrensnotwendige zu beschränken ist.

104 Es sind jedoch kaum Fälle denkbar, in denen das Aktienbuch über steuerlich relevante Umstände Aufschluss geben kann, die nicht auch aus den im Handelsregister publizierten Angaben oder aus den Geschäftsbüchern der Gesellschaft hervorgehen.

105 SAG 35 (1962/63) 10.

106 Gegebenenfalls auch in einem Straf- oder Verwaltungsprozess, z.B. bei der Anwendung der sogenannten *lex Furgler*, SR 211.412.41.

107 Namentlich etwa für den Nachweis der Nationalität, vgl. vorn § 3 N 13.

108 Vgl. insbes. die §§ 14 und 16 hienach.

109 Guldener 186.

110 Guldener 177 f.

111 Die Zürcher ZPO gibt dem Richter durch § 145 in bemerkenswerter Weise freie Hand, die jeweils sachgerechte Lösung zu treffen; Näheres bei Sträuli/Messmer/Wiget zu § 145.

112 Auch die Parteiöffentlichkeit.

III. Exkurs: Einsichtsrecht in Listen über Inhaberaktionäre

Es kommt offenbar gelegentlich vor, dass insbesondere kleinere Aktiengesellschaften Listen ihrer Inhaberaktionäre führen¹¹³. Regelmässig werden diese Listen Hilfsmittel der Verwaltung sein. Solche Listen sind vom Gesetz weder vorgesehen noch verboten und deshalb zulässig. Sie sind jedoch als interne Papiere der Gesellschaft zu qualifizieren. Daher brauchen sie niemandem zur Einsicht vorgelegt zu werden, es sei denn im Rahmen eines Prozesses¹¹⁴. Ein Einsichtsrecht lässt sich jedenfalls aus dem schweizerischen Gesellschaftsrecht nicht konstruieren. Auch erscheint es kaum wahrscheinlich, dass die Betroffenen – d.h. die Aktionäre – aus ZGB 28 ein Einsichtsrecht ableiten können, weil sie durch solche Listen kaum ernsthaft beschwert sein können¹¹⁵. Hingegen könnte sich allenfalls aus einer künftigen Datenschutzgesetzgebung ein Einsichtsrecht ergeben.

Für andere Personen als Aktionäre dürfte ein privatrechtliches Einsichtsrecht ohnehin nicht in Frage kommen¹¹⁶.

113 Vgl. etwa Winkler 14; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 98 und vorn § 2 Anm. 9.

114 Angesichts der Unzuverlässigkeit solcher Listen – die Gesellschaft kann über das Schicksal von einzelnen Titeln während Jahren im unklaren sein – ist ihre Beweiseignung fraglich.

115 Selbst wenn sie nämlich falsch sein sollten, was bei der freien Übertragbarkeit der Inhaberaktie nicht selten der Fall sein wird, dürften sich für den Aktionär daraus kaum Schwierigkeiten ergeben. Stauffer 163 weist mit Recht darauf hin, dass eine solche Aktionärsliste für den Aktionär dann von Vorteil ist, wenn keine Inhabertitel ausgegeben sind, weil er sich in diesem Falle einfacher legitimieren kann.

116 Wiederum ist denkbar, dass das öffentliche Recht andere Wege geht. So könnte eine Gesellschaft u.U. verpflichtet sein, bei Verdacht auf Steuerhinterziehung durch Aktionäre alle ihre Unterlagen und damit auch die Liste der (mutmasslichen) Inhaberaktionäre vorzulegen.

2. KAPITEL

Eintragung und Eintragsverfahren

§ 8 Allgemeines und Übersicht

Soll ein neuer Aktionär in das Aktienbuch eingetragen werden, findet ein Eintragsverfahren statt. Es wird eingeleitet durch die Anmeldung (nachstehend § 9). Die Anmeldung muss all das enthalten, was nötig ist, damit die Gesellschaft die Anmeldung prüfen kann (zur Prüfung vgl. nachstehend § 10). Ist das Grundkapital noch nicht vollständig liberiert, so stellt sich für die Gesellschaft die Frage der Sicherstellung des ausstehenden Betrages (nachstehend § 11). Zeigt sich, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, hat der Ansprecher ein Recht auf Eintragung (nachstehend § 12), und die Gesellschaft muss die Eintragung vornehmen (über Inhalt und Form der Eintragung nachstehend § 13). Liegt endlich eine Eintragung vor, so fragt sich, ob der Eintragungsakt der Gesellschaft anfechtbar ist und wie es sich mit der Löschung obsoleter Eintragungen verhält (nachstehend § 14).

§ 9 Anmeldung

I. Begriff

Unter Anmeldung ist die Mitteilung der Aktienübertragung an die Gesellschaft zu verstehen¹. Zuweilen wird die Anmeldung auch Eintragungsgesuch genannt². Diese Bezeichnung sollte m.E. jedoch vermieden werden, weil sie es erschwert, die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Namenaktien einerseits und die Eintragung im Aktienbuch andererseits auseinanderzuhalten. Unabhängig davon, welche Bedeutung man dieser Zustimmung beimisst, muss sie streng von der Eintragung unterschieden werden³. Dies ist deshalb wichtig, weil die beiden Handlungen in aller Regel uno actu erfolgen, wodurch die Erkenntnis der unterschiedlichen Bedeutung erschwert wird⁴.

II. Rechtsnatur

Die Auffassungen über die Rechtsnatur der Anmeldung gehen stark auseinander. So wird sie als Gestaltungsrecht⁵, als rechtsgeschäftliche Willenserklärung⁶, als blosser Anzeige⁷, als Vorstellungsausserung⁸ oder einfach als "ein Begehren um Eintragung des Überganges des Aktienrechts"⁹ qualifiziert. Der dogmatische Grund für diese Divergenzen dürfte in den unterschiedlichen Auffassungen über die Bedeutung des Aktienbuches im Hinblick auf den Übergang der Mitgliedschaft zu suchen sein¹⁰.

Im Hinblick auf die Analyse der Rechtsnatur der Anmeldung erscheint es als zweckmässig, sich zunächst die allgemein anerkannte Definition des Rechtsgeschäftes vor Augen zu führen: Rechtsgeschäft ist eine auf rechtliche Wirkung (Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete

1 Für den genauen Inhalt der Anmeldung vgl. IV. hienach.

2 So etwa von Lyk, SAG 51 (1979) 11 et passim; F. von Steiger, SJZ 59 (1963) 333. Forrer 242 braucht den Ausdruck "Aufnahmegesuch".

3 Vgl. dazu insbes. hinten § 15 II. 1.

4 Pestalozzi-Henggeler 110 f.; Hagmann 73.

5 Bürgi, OR 685 N 25; Widmer 37; Wieland 15; Reich 46.

6 Wettstein 83; Lenhard 77; ferner Pfenninger, SAG 38 (1966) 37.

7 Beeler 205; Carry, Problèmes 172, anders noch Considérations 38; F. von Steiger, SJZ 59 (1963) 339.

8 Pestalozzi-Henggeler 69, 130, 175; Winkler 19; Ribi 253.

9 Stechel 10, wo auf die Ausführungen von Tuhrs über die Vorstellungsausserungen Bezug genommen wird.

10 Besonders deutlich zeigt sich dies bei Ribi 253 und Reich 46. – Vgl. zu dieser Frage hinten §§ 15 ff.

Willenserklärung einer oder mehrerer Privatpersonen¹¹. Sodann muss man sich gegenwärtigen, dass die Rechtshandlungen rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, gewöhnliche Willensäußerungen und Tathandlungen einerseits sowie Vorstellungsäußerungen und Gefühlsäußerungen andererseits umfassen¹².

Wie sich noch zeigen wird¹³, enthält die Anmeldung die Mitteilung des Veräusserungsgeschäftes, das Begehren um Eintragung im Aktienbuch und den Nachweis der formgerechten Übertragung. Während das erste und das dritte Element Mitteilungen von Tatsachen sind, zeigt das zweite Element einen voluntativen Aspekt¹⁴. Wie sich später ergibt¹⁵, wird die Rechtslage weder durch die Anmeldung noch durch die Eintragung umgestaltet. Folglich hat das voluntative Element der Anmeldung keine rechtsgeschäftliche Wirkung, und die Einreihung der Anmeldung unter die Gestaltungsrechte, die zu den einseitigen Rechtsgeschäften zählen¹⁶, erweist sich als unrichtig. Es liegt aber auch keine rechtsgeschäftsähnliche Willensäußerung vor¹⁷, denn es kommt nicht zu einer vom Willen des Anmeldenden unabhängigen Umgestaltung der Rechtslage. Da eine Anzeige oder Mitteilung¹⁸ auch den Zweck verfolgen kann, jemanden zu einer Handlung zu veranlassen¹⁹ — hier, die Eintragung im Aktienbuch vorzunehmen —, ist die Anmeldung wohl zutreffend den Vorstellungsäußerungen²⁰ zuzurechnen²¹.

III. Legitimation

1. Kreis der Legitimierten

Während es klar und unbestritten ist, dass Adressat der Anmeldung nur die AG sein kann, muss näher untersucht werden, wer befugt ist, um die Eintragung nachzusuchen. In Frage kommen

- Erwerber (nachstehend 2.),
- Veräusserer (nachstehend 3.),
- Dritte (nachstehend 4.),
- Titeigentümer (nachstehend 5.).

11 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 20 bei N 2a; Schönenberger/Jäggi, OR 1 N 18; Bucher 38.

12 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 23 I; Schönenberger/Jäggi, OR 1 N 42.

13 Nachstehend IV.

14 Pestalozzi-Henggeler 69.

15 Hinten § 15.

16 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 20 bei N 14; Schönenberger/Jäggi, OR 1 N 48; Bucher 33.

17 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 23 bei N 12; vgl. auch Schönenberger/Jäggi, OR 1 N 35 zur "gewöhnlichen Willensäußerung".

18 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 23 N 19; Schönenberger/Jäggi, OR 1 N 42.

19 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 23 N 20.

20 Von Tuhr/Peter/Schulin, § 23 N 15.

21 Ebenso die vorn Anm. 7 und 8 zit. Autoren. Gl.M. wohl auch Stechel 10.

2. Erwerber

Zunächst ist sicher der Erwerber einer Namenaktie durch Veräusserungsvertrag zur Anmeldung legitimiert. Die Mitgliedschaft hat er durch die Übertragung der Aktie erworben^{21a}, weshalb er nun ein legitimes Interesse daran hat, ins Aktienbuch eingetragen zu werden²². Da der Titelbesitz regelmässig an den Erwerber übergeht²³, ist dieser meist auch in der Lage, den notwendigen Nachweis der formrichtigen Übertragung²⁴ zu erbringen²⁵. Gehen Namenaktien durch Erbgang, Zwangsvollstreckung, eheliches Güterrecht oder Urteil über, so ist regelmässig der Rechtsnachfolger zur Anmeldung legitimiert, wenn und soweit er sich mitgliedschaftsrechtlich legitimieren kann²⁶.

3. Veräusserer

Vielfach wird indessen erklärt, dass der Veräusserer – wenigstens grundsätzlich – gleichermassen wie der Erwerber zur Anmeldung berechtigt ist²⁷, dass aber faktisch nur derjenige, welcher im Besitze des Titels ist, auch tatsächlich anmelden kann²⁸. Richtigerweise wird diese Auffassung von einer Anzahl Autoren insofern ergänzt, als der Veräusserer nur dann anmelden kann, wenn er erstens die Veräusserung der Aktie nachweisen kann und zweitens entweder gehörig bevollmächtigt ist oder der Erwerber der Gesellschaft gegenüber den Eintragungswillen kundgetan hat²⁹. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn nach der Übertragung der Aktie steht es grundsätzlich³⁰ im Belieben des Erwerbers, ob er sich ins Aktienbuch

21a Vgl. hinten die §§ 15 ff.

22 Vgl. dazu vorn § 6 I.

23 Dies ist auch im Börsengeschäft so: Die Bank des Verkäufers sendet den Mantel an die Gesellschaft mit der Instruktion, den Titel "zur Verfügung" der Bank des Käufers zu halten, was eine Besitzeinweisung darstellt; vgl. dazu hinten Anm. 43.

24 Vgl. dazu § 10.

25 Bürgi, OR 685 N 23; Winkler 19 f.; F. von Steiger 141; BGE 53 II 312; ZR 39 (1940) 216; Zürcher Handelsgericht in SJZ 42 (1946) 58 Nr. 16; SAG 28 (1955/56) 75; Forrer 295, 326; Beeler 205; Lyk, SAG 51 (1979) 11; Reich 27, 45 f.; Brenner 163; Wettstein 73 f.; Stechel 5; ferner, allerdings mit abweichender Begründung, Conne 75.

26 Näheres zur gesellschaftsrechtlichen Legitimation in diesen Fällen in § 10 II. 2. f).

27 Bundesgericht in SJZ 42 (1946) 58 Nr. 16; Pestalozzi-Henggeler 48 f.; Bürgi, OR 685 N 23; Schucany, OR 685 N 2; Funk, OR 685 f. N 2; Ribl 253; Wieland 13 f.; Böckli 95; Walder 23; Conne 78; Trüb 31; Stechel 5; Hagmann 73; a.M. Wettstein 74 mit der Begründung, der Veräusserer wäre mangels Titelbesitzes dazu gar nicht in der Lage. Für ausschliessliche Legitimation des Erwerbers auch Mercier 123 f. und – allerdings noch unter dem Regime von altOR 637 – Weber 20.

28 Pestalozzi-Henggeler 48 f., 131; Wieland 13 f.; Hagmann 73 f.; vgl. auch Reich 27 f.

29 Pestalozzi-Henggeler 49; Wieland 14; Böckli 95; Schulthess 28 mit Hinweisen; ferner Ribl 253; Conne 78, 90; SAG 28 (1955/56) 75.

30 Über die Ausnahmen sogleich bei Anm. 37.

eintragen lassen will oder nicht³¹. Er hat in der Regel keine Pflicht zur Anmeldung³², und zwar auch nicht in den Fällen von OR 686 IV³³.

Mag es auch zutreffen, dass der Veräusserer an der Eintragung des Erwerbers in vielen Fällen interessiert ist³⁴, so hat er doch grundsätzlich keine eigene gesellschaftsrechtlich begründete Legitimation zur Anmeldung³⁵. Mit der Übertragung der Mitgliedschaft an den Erwerber hat der Veräusserer, abgesehen von der sogleich zu besprechenden Ausnahme, alle gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zur AG aufgegeben³⁶. Folglich kann er m.E. nicht aus eigenem Recht gesellschaftsrechtlich zur Anmeldung legitimiert sein.

Anders ist die Rechtslage nur, wenn die Aktie noch nicht vollständig liberiert ist. Dann hat der Veräusserer ein eigenes gesellschaftsrechtlich motiviertes Interesse, nämlich aus der Haftung für die Restliberierung entlassen zu werden³⁷. Für diesen Fall rechtfertigt es sich, ihm die eigenständige Legitimation zur Anmeldung zuzugestehen³⁸. Der Veräusserer hat aber auch in diesem Fall den Übergang der Aktie auf den Erwerber zu belegen³⁹. Kann er dies nicht, so bleibt ihm nur die gegen den Erwerber gerichtete, auf dem Veräusserungsgeschäft beruhende Klage auf Vornahme der Anmeldung⁴⁰.

31 Gl.M. Pestalozzi-Henggeler 50, die mit Recht darauf hinweist, dass Veräusserer und Erwerber die Frage der Anmeldung vertraglich regeln können; tun sie das, so geht die Vereinbarung selbstredend der im Kontext vertretenen Lösung vor. Die Möglichkeit der vertraglichen Regelung wird ebenfalls befürwortet von F. von Steiger 141; Berner Appellationshof in Zivilsachen in ZBJV 83 (1947) 131 ff. = SAG 20 (1947/48) 26 ff.; ferner Bürgi, OR 685 N 18; Conne 75 f.; Mercier 136. – Zum Anspruch der AG vgl. § 14 bei Anm. 60 und insbes. § 12 Anm. 4 und 133.

32 Pestalozzi-Henggeler 50, 69, 131; Ribi 253; Mercier 123; Conne 90; Böckli 94 f.; Reich 27; SAG 28 (1955/56) 74.

33 Übergang der Mitgliedschaft infolge Erbgangs, ehelichen Güterrechts und Zwangsvollstreckung. Vgl. Pestalozzi-Henggeler 175.

34 Etwa weil er sich vertraglich verpflichtet hat, für die Eintragung zu sorgen.

35 A.M. BGE 76 II 67, 69 und Bundesgericht in SJZ 42 (1946) 58 Nr. 16, wobei sich das Bundesgericht allerdings auf eine inzwischen aufgegebene Auffassung über die Bedeutung des Aktienbucheintrages stützte; Schucany, OR 685 N 2; Weiss N 236; wie hier das Zürcher Handelsgericht, dessen Entscheid das Bundesgericht in BGE 76 II 67 umstiess, und Wettstein 74; Pestalozzi-Henggeler 51 folgt grundsätzlich der Lösung des Bundesgerichts, verlangt aber einschränkend den Nachweis dieses Interesses im Einzelfall.

36 Zu betonen ist in diesem Zusammenhang erneut, dass bei der vinkulierten Namenaktie streng zwischen dem Gesuch um Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung und der Anmeldung zu unterscheiden ist; vgl. soeben Anm. 3 und Forrer 326 Anm. 583.

37 OR 687.

38 Pestalozzi-Henggeler 49 mit Hinweisen; Winkler 20; Reich 28; Böckli 95; vgl. auch Bürgi, OR 685 N 23; SAG 28 (1955/56) 75; Mercier 123.

39 Pestalozzi-Henggeler 49; Winkler 20; Böckli 95; Conne 77 f.; Schulthess 28; Reich 28; ferner Stechel 5.

40 Pestalozzi-Henggeler 50 f.; ferner Beeler 205; Bürgi, OR 685 N 23; Wettstein 74; Mercier 123.

4. Dritte

Drittpersonen können mangels eines eigenen rechtlich relevanten Interesses *nicht aus eigenem Recht* anmelden. *Hingegen* kann ein bevollmächtigter Dritter *als Stellvertreter* des Erwerbers oder Veräusserers handeln. Dies kann namentlich eine Bank sein, die das Veräusserungsgeschäft vermittelt⁴¹. Interessanterweise wird aber gerade im Börsengeschäft nicht so verfahren. Die Bank des Veräusserers sendet der Gesellschaft den Aktienmantel, während der Couponbogen⁴² der Bank des Erwerbers ausgehändigt wird, welche ihrerseits den Erwerber veranlasst, umgehend ein Eintragungsgesuch zu stellen⁴³. Es ist bemerkenswert, dass die Praxis hier das Mittel der Vollmacht nicht anwendet, obwohl es m.E. ohne weiteres zur Verfügung steht⁴⁴. Auch bei Stellvertretung ist jedoch das Akzept des Erwerbers zu belegen⁴⁵.

5. Titeileigentümer

Ob die Gesellschaft mit einer entsprechenden Vinkulierungsklausel effektiv bewirken kann, dass stets der Eigentümer des Titels eingetragen ist, wie Pestalozzi-Henggeler⁴⁶ annimmt, hängt in erster Linie von der Bedeutung ab, die man der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Aktien beimisst⁴⁷. Wegen des Verbotes von OR 680 I⁴⁸ kann jedenfalls statutarisch keine Pflicht zur Anmeldung auferlegt werden⁴⁹. Es ist daher m.E. unzulässig, dass die AG in den Statuten vorschreibt, nur der Erwerber oder nur der Veräusserer oder nur beide gemeinsam könnten anmelden⁵⁰.

Es wird ferner empfohlen, mit Aktionärbindungsverträgen sicherzustellen, dass stets der Titeileigentümer eingetragen ist⁵¹. Aktionärbindungsverträge sind m.E. zu

41 Reich 28.

42 Bei den immer häufiger anzutreffenden couponlosen Aktien tritt an die Stelle des Couponbogens eine Versandanzeige. Zum Verzicht auf Couponbogen vgl. namentlich Lyk, Treuhänder 33.

43 Zürcher Usanzen, § 18 III (Handbuch 56); dieses Prozedere ist auch im Übereinkommen der Schweizerischen Bankvereinigung vom 6. April 1961 (Zirkular Nr. 2906) betreffend Handänderungen von vinkulierten Namenaktien geregelt; vgl. dazu SAG 34 (1961/62) 11 ff., 13; Lyk, SAG 51 (1979) 12; Pestalozzi-Henggeler 148; Widmer 102 f.; ferner Lyk, Treuhänder 32; Reich 118, der allerdings über die Person des Anmeldenden irrt.

44 Dies würde die Anmeldung durch die Bank ermöglichen, die dann sofort nach Eintreffen des Couponbogens bzw. der Versandanzeige erfolgen könnte. Diese Vollmacht kann der Erwerber ohne weiteres zusammen mit der "Kaufordre" erteilen.

45 Reich 38 f.; vgl. auch Lyk, SAG 51 (1979) 12, ferner 15.

46 S. 50.

47 Vgl. dazu hinten § 19.

48 Verbot von Pflichten, die über die Liberierung hinausgehen.

49 Pestalozzi-Henggeler 69, 175 und Widmer 37.

50 A.M. Pestalozzi-Henggeler 52.

51 Pestalozzi-Henggeler 175, 50.

diesem Zwecke nur dann geeignet, wenn als Sanktion neben Schadenersatz auch eine Konventionalstrafe vereinbart ist. In einem Falle allerdings führen derartige Vereinbarungen regelmässig zum Ziele, indem beim Erbgang ausnahmsweise auch die Rechtsnachfolger durch den Aktionärbindungsvertrag verpflichtet sind⁵².

IV. Inhalt

Die Anmeldung beinhaltet dreierlei. Zunächst besteht sie aus der Mitteilung, dass Aktien vom bisherigen Aktionär veräussert und auf den Erwerber übertragen worden sind⁵³. Sodann ist die Anmeldung das Begehren um Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch⁵⁴. Schliesslich muss die Anmeldung den Nachweis der "formrichtigen Übertragung der Aktie" enthalten⁵⁵.

V. Form

Die Form der Anmeldung ist im Gesetz nicht geregelt. Infolgedessen gilt der allgemeine Grundsatz der Formfreiheit⁵⁶. Die Anmeldung kann daher namentlich schriftlich, mündlich oder sogar konkludent erfolgen⁵⁷.

In der Regel wird die einfache Schriftform vorherrschen. Bei grossen Gesellschaften werden meist Anmeldeformulare benützt⁵⁸. In kleineren Verhältnissen dürfte ein einfaches Schreiben die Regel sein. Unter Umständen mag die Anmeldung konkludent ausfallen, weil sich das Begehren aus den Umständen ergibt⁵⁹. So enthält m.E. jede Vorweisung der Aktie zur Rechtsausübung eine konkludente Anmeldung. Praktisch wohl eher selten wird die mündliche Anmeldung sein.

52 Pestalozzi-Henggeler 175.

53 Pestalozzi-Henggeler 48, 69; Reich 27; Schulthess 28; Carry, *Considérations* 38; Mercier 122; Hagmann 73; Winkler 19.

54 SAG 28 (1955/56) 74; Lenhard 77.

55 OR 685 II; Funk, OR 685 f. N 2; Pestalozzi-Henggeler 48; SAG 28 (1955/56) 74; Böckli 95; Moser 83; Mercier 124 f.; Wieland 13; Winkler 19; Walder 23; im Hinblick auf die Erben eines Aktionärs Lenhard 77, 79; vgl. ferner Schucany, OR 685 N 2; Bürgi, OR 685 N 23; Wettstein 73 f.; Schulthess 27, 28. — Über den Inhalt des Nachweises und seine Prüfung vgl. hinten § 10 II.

56 OR 11 I. Dieser Grundsatz gilt für alle Rechtsgeschäfte, vgl. statt vieler von Tuhr/Peter/Schulin, § 30 N 4 und Schönenberger/Jäggi, OR 11 N 9. M.E. muss dieser Grundsatz darüber hinaus generell für alle Rechtshandlungen gelten, vgl. dazu vorn Anm. 12.

57 Pestalozzi-Henggeler 48; Wieland 13; Reich 27; Ribl 253; Winkler 21; Bürgi, OR 685 N 23; Widmer 37; Mercier 123; Lenhard 77; Stechel 5; ferner SAG 28 (1955/56) 74.

58 Lyk, SAG 51 (1979) 14, 15; Widmer 37; F. von Steiger, SAG 59 (1963) 333.

59 Tenger 77, der dies aber wohl zu Unrecht für die allgemein übliche Form der Anmeldung hält.

In der Literatur wird vereinzelt die Meinung vertreten, die Gesellschaft könne durch entsprechende Statutenbestimmungen für die Anmeldung bestimmte Form-erfordernisse aufstellen⁶⁰. Zwar darf die Gesellschaft die Übertragung nach OR 684 I erschweren. Die Aufstellung von hemmenden Formvorschriften für die Anmeldung ist jedoch zwecklos, weil nach heute herrschender Auffassung – unabhängig davon, welche Bedeutung man der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung vinkulierter Namenaktien beimisst – die Eintragung im Aktienbuch keinen Einfluss auf den Übergang der Mitgliedschaft hat⁶¹. Ferner verbietet sich m.E. die Erschwerung der legitimationsrechtlichen Stellung eines durch die Vinkulierungsbestimmungen nicht ausgeschlossenen Erwerbers mittels formeller Schranken der Anmeldung. Es ist übrigens auch nicht einzusehen, was für die Gesellschaft mit solchen Schranken gewonnen wäre.

VI. Bedeutung der Anmeldung für die Eintragung ins Aktienbuch

Nach allgemeiner Auffassung ist die Anmeldung Voraussetzung für die Eintragung im Aktienbuch⁶². Die abweichende Auffassung von Haefliger⁶³, wonach die Anmeldung für die Eintragung im Aktienbuch generell unerheblich ist, übersieht folgendes: Die Vorweisung des Aktientitels genügt den Anforderungen an die Anmeldung vollauf, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass hiermit der Übergang der Mitgliedschaft angezeigt, um die Eintragung nachgesucht und der nötige Ausweis für die formrichtige Übertragung geleistet werden soll⁶⁴. Daraus, dass die Anmeldung im Belieben des Aktionärs steht⁶⁵ und dass sie sogar konkludent erfolgen kann⁶⁶, ergibt sich nicht, dass sie generell entbehrlich ist, sondern bloss, dass an sie geringe Anforderungen gestellt werden. Somit bleibt es für die Eintragung im Aktienbuch grundsätzlich beim *Erfordernis der Anmeldung*⁶⁷.

Allerdings gibt es hievon zwei *Ausnahmen*. Zum einen sind die zeichnenden Aktionäre – unabhängig davon, ob es um Gründungsaktien oder junge Aktien einer Kapitalerhöhung geht – von der Gesellschaft ohne weiteres, gewissermassen

60 Pestalozzi-Henggeler 52; ebenso wohl auch Wieland 13.

61 Vgl. dazu hinten §§ 15 ff.

62 BGE 69 II 318; Bürgi, OR 685 N 23 und 16; Hagmann 73, 82; Carry, *Considérations* 38 mit weiteren Hinweisen; Widmer 37; Schulthess 28; ferner Pestalozzi-Henggeler 69; Conne 106; Forrer 242.

63 S. 43.

64 Vgl. vorstehend IV.

65 Vgl. vorn bei Anm. 31.

66 Vgl. vorstehend Anm. 57.

67 Ob die Gesellschaft einen Aktionär auch dann zur Rechtsausübung zulassen darf, wenn er gar nicht im Aktienbuch figuriert, ist eine ganz andere Frage, was offenbar von Haefliger 43 und Carry, *Problèmes* 172 f. nicht genügend beachtet wird. Es handelt sich auch hier wieder um die Frage nach der Tragweite des Aktienbucheintrages; dazu hinten §§ 15 ff.

“ex officio”⁶⁸, im Aktienbuch einzutragen, so dass hier die Anmeldung entfällt⁶⁹. Zum anderen ist die Anmeldung dann unnötig, wenn die Gesellschaft oder allenfalls auch das mit der Führung des Aktienbuches betraute Organ selber Partei des Übertragungsgeschäftes ist. In diesem Fall ist der Aktienbuchführer ohne weiteres über die neue Rechtslage im Bilde; eine besondere Anmeldung erübrigt sich⁷⁰.

68 Bürgi, OR 685 N 16.

69 Vgl. dazu vorn § 5 II. 1. d).

70 Pestalozzi-Henggeler 49 f. und 131.

§ 10 Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Gesellschaft

I. Allgemeines

Wird der Gesellschaft ein Aktionärswechsel angemeldet, so muss sie die Anmeldung prüfen und, je nach dem Ergebnis dieser Prüfung, den Ansprecher im Aktienbuch eintragen oder die Eintragung verweigern. Bei der näheren Betrachtung dieser Prüfung muss unterschieden werden zwischen der Prüfungspflicht der Gesellschaft einerseits und ihrem Prüfungsrecht andererseits, denn dieses geht weiter als jenes¹.

II. Prüfungspflicht

1. Gegenstand der Prüfungspflicht

Gemäss OR 685 II setzt die Eintragung im Aktienbuch "einen Ausweis über die formrichtige Übertragung der Aktie voraus". Es fragt sich daher, worin dieser Ausweis über die formrichtige Übertragung besteht und inwieweit die Gesellschaft ihn prüfen muss.

Der Gegenstand der Prüfung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Die Gesellschaft hat zu prüfen, ob die Übertragung der Aktien auf formell gesetzmässige Weise erfolgt ist². Aus diesem Grunde muss die Anmeldung einen Ausweis über die Rechtmässigkeit der Übertragung enthalten³. Anhand dieses Ausweises überprüft die Gesellschaft den Aktionärswechsel⁴. Dabei genügt die Prüfung der *formellen Ordnungsmässigkeit* der Übertragung⁵.

Die Gesellschaft ist in zweierlei Hinsicht zu dieser Prüfung verpflichtet. Zunächst erhebt das Gesetz den positiven Prüfungsbefund zur Voraussetzung der Eintragung⁶. Sodann hat der Ansprecher u.U. einen Anspruch auf Eintragung⁷, so dass die Gesellschaft gezwungen ist, den mit der Anmeldung angebotenen Nachweis zu prüfen.

1 Vgl. die in Anm. 107 hienach zit. Autoren.

2 OR 685 II.

3 Vgl. vorn § 9 Anm. 55.

4 Wiederum ist bei vinkulierten Namenaktien zu unterscheiden zwischen der Prüfung der Übertragung und der Prüfung der Frage, ob der Ansprecher den Vinkulierungsbestimmungen genügt und die Gesellschaft ihn daher akzeptieren kann. Nur die erste Frage ist Gegenstand dieses Abschnittes; die zweite wird in den §§ 12 und 19 behandelt.

5 Pestalozzi-Henggeler 32 f., 47 f., 132 f.; Bürgi, OR 685 N 25 f.; F. von Steiger 158; Conne 87 mit weiteren Hinweisen; Mercier 130 f.; Ribl 254; Winkler 22; Widmer 37; Trüb 16 f.; Stechel 5; Reich 29 mit weiteren Hinweisen; Brunner, SAG 19 (1946/47) 7; Schulthess 28; Böckli 92 f.; Wettstein 74.

6 OR 685 II.

7 Vgl. dazu § 12.

2. Umfang der Prüfungspflicht

a) Fragt sich nun, wie dieser Ausweis der formrichtigen Übertragung zu gestalten ist bzw. worauf sich die Prüfung im einzelnen beziehen muss, so ist zu unterscheiden, ob die Aktien in Wertpapieren verbrieft sind (nachstehend b)) oder nicht (nachstehend c)). Sodann sind die Auswirkungen statutarischer Formvorschriften (nachstehend d)) und allfälliger Vinkulierungsklauseln (nachstehend e)) sowie einige Sonderformen des Aktionärswechsels zu prüfen (nachstehend f)).

b) Ist die Aktie in einem *Wertpapier verbrieft*, so ist der Ausweis unter Vorlegung des Aktientitels zu leisten⁸. Dispens hievon ist m.E. ausgeschlossen, es sei denn, der Titel wäre kraftlos erklärt worden. Dann aber wäre entweder eine neue Urkunde vorhanden, die vorgelegt werden könnte und müsste, oder man hätte eine unverbriefte Aktie vor sich.

Wertpapierrechtlich kann die Aktie als Ordrepapier oder als Namenpapier ausgestaltet werden:

aa) In aller Regel ist die Namenaktie *Ordrepapier*⁹. Früher war die Rechtsnatur der Namenaktie, besonders der vinkulierten, heftig umstritten. Heute darf die Frage als geklärt gelten, weshalb sich hier eine Nachzeichnung der Kontroversen erübrigt¹⁰. Voraussetzungen für die Übertragung eines Ordrepapiers sind:

- Übertragung des Titelbesitzes¹¹,
- Indossament¹²,
- gültiges Grundgeschäft¹³,
- entweder Verfügungsbefugnis des Indossanten oder guter Glaube des Indossatars¹⁴.

Von diesen vier Voraussetzungen hat die Gesellschaft nach herrschender Lehre, welcher m.E. zuzustimmen ist, einzig das Indossament zu prüfen¹⁵, weshalb der Titel der Gesellschaft anlässlich der Anmeldung vorgelegt werden muss¹⁶. Der vorgelegte Titel muss gültig sein¹⁷. Ist er ungültig, so kann das Indossament gegeben-

8 F. von Steiger 158; Bürgi, OR 685 N 16, 25; Pestalozzi-Henggeler 33, 47 f.; Schucany, OR 685 N 2; Böckli 93; Hagmann 14, 74; Contat 52; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 174; Moser 83; Haefliger 42; Mercier 122; Reich 29; Ribi 253; Brenner 162 f.; Carry, Problèmes 171, 173.

9 OR 684 II.

10 Vgl. statt vieler BGE 90 II 178 f.; 83 II 304 ff.; Bürgi, OR 684 N 3; Jäggi, OR 1145 N 22, OR 965 N 279; Siegwart, OR 622 N 72.

11 Dazu Jäggi, OR 967 N 28 ff.

12 Dazu Jäggi, OR 967 N 86 ff.

13 Dazu Jäggi, OR 967 N 161 ff.

14 Dazu Jäggi, OR 967 N 170 ff., besonders 175.

15 F. von Steiger 158; ders., SAG 11 (1938/39) 99; Pestalozzi-Henggeler 33; Schucany, OR 685 N 2; Böckli 93; SAG 28 (1955/56) 74; Conne 88; Contat 52; Lanz, SAG 33 (1960/61) 246 f.; Haefliger 42 f.; Wieland 15.

16 Vgl. die vorn in Anm. 8 zit. Autoren. Entgegen Mercier 123 dient die Titelpräsentation demnach nicht der Überprüfung der Tradition.

17 Pestalozzi-Henggeler 48; Böckli 93.

falls in eine gültige Zession einer unverbrieften Aktie umgedeutet werden¹⁸. Dies muss m.E. insbesondere dann gelten, wenn die Ungültigkeit der Aktienurkunde von der Gesellschaft zu verantworten ist¹⁹.

Das Prüfungsergebnis ist positiv, wenn zwischen dem letzten Buchaktionär und dem Ansprecher eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten festgestellt wird²⁰.

Blankoindossamente sind ohne weiteres zulässig und genügend²¹. Bei kotierten Namenaktien kommt praktisch nur das Blankoindossament vor²², welches jeden Titelinhaber legitimiert²³.

Anstelle von Indossamenten können in der Reihe der Übertragungsverfügungen auch Zessionen stehen, solange dadurch nur stets die Kontinuität der Übertragungsverfügungen erhalten bleibt²⁴.

Für den Fall, dass das letzte Indossament ein Vollindossament ist, verlangt ein Teil der Lehre von der Gesellschaft zusätzlich die Prüfung der Identität zwischen dem Asprecher und dem Indossatar²⁵. Diese zusätzliche Prüfung ist erforderlich, weil sonst ein Erwerber gegen seinen Willen eingetragen werden könnte²⁶. Besonders augenscheinlich ist dieses Erfordernis im Falle der unvollständig liberierten Aktie²⁷. Immerhin wird man aus praktischen Gründen an diese Identitätsprüfung keine strengen Anforderungen stellen dürfen. So wird es wohl regelmässig genügen, wenn der Indossatar selber anmeldet. Besondere Nachforschungen sind m.E. nur in den Fällen der erweiterten Prüfungspflicht nötig²⁸.

18 Gl.M. Pestalozzi-Henggeler 48; Siegwart, OR 622 N 65.

19 Etwa wegen vorzeitiger Ausgabe nach OR 644 I. Die wertpapierrechtliche Nichtigkeit (vgl. Siegwart, OR 622 N 82) steht m.E. der Zession nicht entgegen, weshalb die Schriftform auch auf einem nichtigen Aktientitel sollte erfüllt werden können.

20 F. von Steiger 158; Bürgi, OR 685 N 25; Schucany, OR 685 N 2; Pestalozzi-Henggeler 33, 48; Winkler 23; Beeler 205; SAG 28 (1955/56) 74; Ribi 253 f.; Wettstein 74; Böckli 93; Conne 89; Contat 52; Stechel 5; Schulthess 29; Hagmann 74; Lanz, SAG 33 (1960/61) 246 f.; Moser 83; Haefliger 42; Mercier 124, 129; Reich 30; Wieland 15; ders., SAG 19 (1946/47) 121; ders., SAG 26 (1953/54) 60; Brenner 162 f.

21 BGE 81 II 202; Pestalozzi-Henggeler 48; Schucany, OR 684 N 2; Beeler 202, 205; Haefliger 42; Winkler 23; SAG 28 (1955/56) 74; Steiner, SAG 11 (1938/39) 215; Mercier 124 f., 129.

22 Lyk, SAG 51 (1979) 10; Conne 96.

23 Vgl. etwa BGE 81 II 202; Schucany, OR 684 N 2; F. von Steiger 141; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 20; Forrer 292; Bürgi, OR 684 N 15; Jäggi, OR 967 N 97, 118; Hagmann 74 f.; Lanz, SAG 33 (1960/61) 216; Contat 54; Wettstein 71; Stechel 5; Steiner, SAG 11 (1938/39) 215; Mercier 129; ferner Trüb 20; Winkler 24; Schulthess 29.

24 Bürgi, OR 684 N 16; Conne 89; Wieland, SAG 19 (1946/47) 121; Mercier 124, 129 f.; Sontag, SAG 21 (1948/49) 159; allgemein Jäggi, OR 967 N 90 ff., der in N 95 darauf hinweist, dass jede Übertragungsverfügung, die auf einem Ordrepapier angebracht wird, unabhängig vom Parteiwillen die Wirkung eines Indossamentes hat.

25 Pestalozzi-Henggeler 48; Wieland 15; Conne 90; Winkler 24; Contat 52; Hagmann 74; Mercier 130; Schulthess 29; Brenner 163.

26 Aus diesem Grunde ist auch für die Anmeldung durch einen Dritten gehörige Vollmacht nötig; Mercier 130; vgl. auch vorn § 9 vor Anm. 41.

27 Vgl. dazu hinten § 17.

28 Vgl. dazu Ziff. 3 hienach.

Nicht erforderlich ist hingegen die Prüfung der Handlungsfähigkeit des Indossanten²⁹. Da der Eintrag im Aktienbuch nur legitimationsrechtliche Bedeutung hat³⁰, spielt die Handlungsfähigkeit des Indossanten keine Rolle, denn sie berührt die Frage der Legitimation gar nicht³¹. Unabhängig davon, ob man mit der herrschenden Auffassung dem Schutz des Handlungsunfähigen den Vorrang gibt vor dem Schutz des gutgläubigen Indossatars³² oder nicht, bleibt sich die Rechtslage für die Gesellschaft gleich. Entweder ist nämlich das Indossament als gültig anzusehen, dann erfolgt die Eintragung zu Recht. Ist das Indossament jedoch ungültig, so bewirkt auch der objektiv unrichtige Eintrag im Aktienbuch keine Änderung der Rechtslage³³. Folglich braucht die Gesellschaft die Handlungsfähigkeit des Indossanten nicht zu prüfen. Anders ist es nur, wenn die Voraussetzungen der erweiterten Prüfungspflicht gegeben sind³⁴. Noch weniger braucht die Gesellschaft daher die Echtheit der Unterschriften zu prüfen³⁵.

Nicht zu prüfen sind weiter die übrigen Voraussetzungen der Übertragung einer Namenaktie in Form eines Ordrepapiers. Insbesondere dient die Vorlegung des Titels nicht der Überprüfung der Tradition³⁶, sondern nur der Prüfung der Indossamentenreihe³⁷.

Diese Beschränkung der Prüfungspflicht besteht im Interesse der Gesellschaft³⁸, die andernfalls bei jeder Rechtsausübung eines Namenaktionärs eine aufwendige und mühsame Legitimationsprüfung vornehmen müsste³⁹. Die Auffassung eines Teils der Lehre, wonach die Prüfungspflicht zum Schutze des Veräusserers aufgestellt sei⁴⁰, fusst m.E. auf einer Überschätzung des Aktienbucheintrages⁴¹.

bb) Ist die Namenaktie statutarisch als *Namenpapier (Rektaaktie)* ausgestaltet, so ist die Übertragung rechtmässig, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Übertragung des Titelbesitzes⁴²,
- Abtretungserklärung⁴³,

29 Winkler 24; Pestalozzi-Henggeler 33; Reich 30; Conne 88 f.; Mercier 131; a.M. F. von Steiger, SJZ 59 (1963) 333.

30 Vgl. vorn § 3 II. 1. sowie hinten §§ 15 ff.

31 Jäggi, OR 967 N 182.

32 Jäggi, OR 967 N 182.

33 Vgl. dazu etwa BGE 87 II 256 f.; Carry, Problèmes 173; Wieland 31 und namentlich hinten die §§ 14 ff.

34 Vgl. Ziff. 3 hienach.

35 Ebenso Winkler 23; ferner Schucany, OR 685 N 2; Wettstein 74.

36 Die übrigens auf diese Weise entgegen Mercier 123 kaum vorgenommen werden könnte. Vgl. auch Wieland 23, 21, der mit Recht darauf hinweist, dass mit der Besitzübertragung häufig, aber durchaus nicht immer die Übertragung des Eigentums bezweckt wird.

37 Vgl. vorn bei Anm. 15.

38 Conne 91; Mercier 133; Schulthess 28.

39 Vgl. vorn § 3 bei Anm. 7.

40 Winkler 22 f.; Widmer 37; Conne 87; Mercier 128, 133; Schulthess 28.

41 Dazu hinten §§ 15 ff.

42 Dazu Jäggi, OR 967 N 28 ff.

43 Dazu Jäggi, OR 967 N 98 ff.

- gültiges Grundgeschäft⁴⁴,
- Verfügungsbefugnis des Zedenten bzw. – im engen Rahmen des Zessionsrechts – guter Glaube des Zessionars⁴⁵.

Wiederum ist die Prüfungspflicht der Gesellschaft auf die Übertragungsverfügung, hier also die Abtretungserklärung, beschränkt⁴⁶. Da die Abtretungserklärung nicht unbedingt auf einer separaten Urkunde stehen muss⁴⁷, ist der Titel auch hier der Gesellschaft vorzulegen⁴⁸.

Der Nachweis ist erbracht, wenn zwischen dem zuletzt eingetragenen Aktionär und dem Ansprecher eine ununterbrochene Reihe von Zessionen vorliegt⁴⁹, wobei Blankozessionen genügen⁵⁰.

Bei der Rektaaktie muss die Gesellschaft die Identität zwischen dem Zessionar und dem Ansprecher ebenfalls überprüfen⁵¹. Auch bleibt es bei der formellen Prüfung der Übertragungsverfügung. Entgegen einem Teil der Lehre⁵² braucht die Gesellschaft daher keineswegs die materielle Rechtslage zu erforschen⁵³.

c) Sind die Namenaktien *nicht in Wertpapieren verbrieft*, weil entweder überhaupt keine oder bloss Beweisurkunden vorliegen, sind für eine Übertragung⁵⁴ vorausgesetzt:

- Abtretungserklärung⁵⁵,
- Verfügungsbefugnis des Zedenten⁵⁶,
- eventuell gültiges Grundgeschäft⁵⁷.

Auch hier beschränkt sich die Prüfungspflicht der Gesellschaft auf die formelle Kontrolle der Übertragungsverfügungen⁵⁸, die zwischen dem letzten Buchaktionär

44 Dazu Jäggi, OR 967 N 160 ff.

45 Dazu Jäggi, OR 967 N 170 ff., 176 f.

46 F. von Steiger 158; Schucany, OR 685 N 2; Pestalozzi-Henggeler 47 f.; SAG 28 (1955/56) 74; Conne 88; Glettig 34, 123 f.

47 OR 967 II; Jäggi, OR 967 N 99; Hagmann 74; Lenhard 79; Mercier 124; Bürgi, OR 684 N 16, wo allerdings nicht genügend zum Ausdruck kommt, dass die Bedeutung der auf dem Aktientitel angebrachten Übertragungsverfügung einzig von der Wertpapiernatur der Aktie abhängt (Jäggi, OR 967 N 95 und 99); a.M. Moser 83.

48 So ausdrücklich Pestalozzi-Henggeler 47 f.; Bürgi, OR 685 N 25; ferner die vorn in Anm. 8 zit. Autoren.

49 F. von Steiger 158; Pestalozzi-Henggeler 48; Conne 89; Hagmann 74; Mercier 124; Schucany, OR 685 N 2; Wieland 15; ders., SAG 19 (1946/47) 121; ders., SAG 26 (1953/54) 60; Winkler 23 f.; Reich 30; Ribl 253 f.; Wettstein 74; Glettig 123 f.; ferner Schulthess 29.

50 Pestalozzi-Henggeler 48; Jäggi, OR 967 N 101 f.; Schulthess 30.

51 Winkler 24; Hagmann 74; Reich 30; vgl. sodann vorn bei Anm. 26.

52 Beeler 209; Lyk, SAG 51 (1979) 10; Stechel 5 f.

53 Gl.M. Pestalozzi-Henggeler 33, 48; Ribl 254; Schulthess 29 f.

54 Hiefür kommt nur die Form der Zession in Frage; vgl. sogleich Anm. 63 sowie Carry, L'action 23 ff.; Capitaine, SAG 18 (1945/46) 20; ferner vorn Anm. 18.

55 Dazu von Tuhr/Escher/Schulin, § 93 bei N 9.

56 Dazu von Tuhr/Escher/Schulin, § 93 bei N 14 ff.

57 Umstritten; vgl. dazu von Tuhr/Escher/Schulin, § 93 bei N 41a.

58 Vorliegendenfalls also der Abtretungserklärungen, die gemäss OR 165 I schriftlich sein müssen.

und dem Ansprecher lückenlos vorliegen müssen, wobei Blankozessionen ebenfalls genügen. Ferner muss wohl wie bei den wertpapierrechtlich verbrieften Aktien eine summarische Prüfung der Identität zwischen dem Ansprecher und dem Zessionar stattfinden⁵⁹. Zu weiteren Prüfungen ist die Gesellschaft hingegen nicht verpflichtet.

d) Aus OR 684 II ist schon abgeleitet worden, die Gesellschaft könne an die Übertragungsverfügungen statutarisch beliebige Anforderungen stellen⁶⁰. Dieser Ansicht kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Da im schweizerischen Privatrecht ein Numerus clausus der Wertpapierarten besteht und Inhaberaktien in diesem Zusammenhang ausser Betracht fallen, kommen als Wertpapierformen nur Ordreaktie und Rektaaktie in Frage. Dabei geht das Gesetz davon aus, dass die Namenaktie im Normalfall Ordrepapier ist⁶¹. Die Gesellschaft hat bloss die Möglichkeit, anstelle von Ordreaktionen Rektaaktionen einzuführen. Eine andere Wahl besteht nicht⁶². Ist die Wertpapierart der Aktien einmal gewählt, so ergeben sich die Übertragungsmodalitäten zwingend aus der abschliessenden Ordnung von OR 965 ff.

Anders ist die Rechtslage, wenn keine Wertpapiere ausgegeben sind. Es kommt dann Zessionsrecht zur Anwendung⁶³. Die Übertragungsverfügung hat daher OR 165 I, welcher einfache Schriftlichkeit verlangt, zu genügen. Allerdings ist diese Bestimmung als Mindestvorschrift zu verstehen. Es steht der Gesellschaft daher frei, statutarisch qualifizierte Formen der Schriftlichkeit zu verlangen. In dieser Hinsicht kann den vorstehend zitierten Autoren⁶⁴ zugestimmt werden.

Bestehen solche statutarischen Formvorschriften, so ist ihnen bei der formellen Prüfung der Übertragung unverbrieftter Aktien Rechnung zu tragen.

e) Die Frage der Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien⁶⁵ — das sei der Klarheit halber nochmals betont — hat nichts mit der hier behandelten Prüfung der Übertragung⁶⁶ zu tun⁶⁷.

Richtig ist hingegen, dass diese Zustimmung bei der Übertragung vinkulierter Namenaktien u.U. als ein zusätzliches Übertragungserfordernis hinzutritt. Dies gilt namentlich für die Auffassung, die der Zustimmung im Hinblick auf den Übergang

59 Vgl. dazu vorn bei den Anm. 25 und 51.

60 Also z.B. öffentliche Beurkundung verlangen, vgl. Pestalozzi-Henggeler 51 f.; Schulthess 11; Trüb 21 f.

61 OR 684 II.

62 Schulthess 29 mit weiteren Hinweisen. Vielfach werden weitere Möglichkeiten gar nicht erst in Betracht gezogen; vgl. etwa BGE 61 II 332 über altOR 637 III ("Die Übertragung kann durch Indossament geschehen.") und neuestens Lyk, SAG 51 (1979) 10; sodann Lanz, SAG 18 (1945/46) 98 f.; unklar Bürgi, OR 684 N 11.

63 Statt vieler: F. von Steiger 141, 157 f.; Siegwart, OR 622 N 40; Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 35 ff. mit zahlreichen Hinweisen; ders., SAG 23 (1950/51) 137 ff.; aus der Judikatur vgl. die von Peter Forstmoser in SAG 47 (1975) 109 ff. besprochenen Zürcher Entscheide.

64 Anm. 60.

65 Abs. 1 von OR 684.

66 Abs. 2 von OR 684.

67 In dieser Hinsicht wohl unrichtig Pestalozzi-Henggeler 51 f. und Glettig 45 f.; vgl. im übrigen vorn Anm. 4 und hinten §§ 15 ff.

der Mitgliedschaft konstitutive Bedeutung beimisst⁶⁸. Auf die Prüfung der formrichtigen Übertragung der Mitgliedschaft hat dies jedoch keinen Einfluss.

f) Es sind nun noch einige *Spezialfälle* des Aktionärswechsels zu untersuchen. Die Besonderheit dieser Fälle besteht darin, dass an die Stelle der üblichen Übertragungsverfügungen (Indossament oder Zession) besondere Verfügungsformen treten. Sie ersetzen jedoch nicht die Vorlegung des Titels⁶⁹, sondern nur einzelne Indossamente oder Abtretungserklärungen. Auch ändern sie nichts an der beschränkten Prüfungspflicht der Gesellschaft, die nur die formelle Rechtmässigkeit der Übertragung zu untersuchen hat.

aa) Erfolgt die *Übertragung durch Erbgang*⁷⁰, so tritt die Erbenbescheinigung an die Stelle des Indossamentes oder der Abtretungserklärung und legitimiert auf diese Weise die Erbengemeinschaft bzw. den Universalerben⁷¹. Für die Erbteilung als einem Rechtsgeschäft unter Lebenden⁷² hingegen gelten die gewöhnlichen Übertragungs- und Prüfungsregeln⁷³. Es bedarf daher einer Verfügung aller Miterben bzw. eines Vertreters⁷⁴ der Erbengemeinschaft⁷⁵. Die allgemeinen Regeln gelten jedoch dann, wenn sich im Nachlass Namenaktien mit Blankoindossamenten bzw. -zessionen finden⁷⁶.

68 Vgl. als Beispiel Haefliger 46 und ausführlich §§ 15 ff.

69 Lenhard 78; a.M. Stechel 22.

70 Zu den hierunter fallenden Tatbeständen vgl. hinten § 12 bei Anm. 36.

71 Wie hier Jäggi, OR 967 N 199; Hagmann 75; Solcà 22, 30 f. bezüglich des Alleinerben sowie, teilweise anders, 31 ff. für die Erbengemeinschaft; Lenhard 79; Stechel 19 f. und 27. Nach F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 99 ist neben der Erbenbescheinigung noch ein Nachweis des Todes des bisherigen Aktionärs nötig; dieses zusätzliche Erfordernis scheint entbehrlich, da der Tod des bisherigen Aktionärs allemal aus der Erbenbescheinigung ersichtlich sein dürfte. Zu weitgehend ist wohl die Auffassung von Jäggi, OR 967 N 203 und Lenhard 79, wonach selbst die Vorlegung einer Erbenbescheinigung entfallen kann, wenn der Ansprecher unzweifelhaft zumindest "provisorischer Erbe" ist, es sei denn, die personelle Zusammensetzung der Erbengemeinschaft wäre auf Grund besonderer Umstände eindeutig (z.B. bei einer Familien-AG).

72 Jäggi, OR 967 N 200; Pestalozzi-Henggeler 163 mit zahlreichen Hinweisen; Solcà 33 f. und aus der erbrechtlichen Literatur namentlich Escher zu ZGB 634, insbes. N 7, 8 und ZGB 602 N 1; ferner Tuor/Piceni, ZGB 634 N 15 ff.

73 Erfolgt die Erbteilung durch Urteil, so gelten die Regeln der Legitimation bei Übertragung durch Urteil, vgl. sogleich dd).

74 Es handelt sich hierbei um einen Vertreter des Erblassers - also insbes. um den Willensvollstrecker - oder der Erbengemeinschaft als Rechtsnachfolgerin des Erblassers. Ein Vertreter der einzelnen Erben wäre untauglich, da nur der Erblasser bei der Übertragungsverfügung vertreten werden kann; vgl. Lenhard 81; Carry, Problèmes 180; Jäggi, OR 967 N 198.

75 G.L.M. Jäggi, OR 967 N 201; Lenhard 80; a.M. Schucany, OR 685 N 2; Bürgi, OR 685 N 17; Böckli 93, die zusätzlich eine Erbenbescheinigung verlangen; dies ist nur so weit richtig, als die Erbenbescheinigung nötig ist, um die Erbenqualität - und damit die Verfügungsbefugnis - der indossierenden bzw. zedierenden Erbengemeinschaft zu belegen; Lenhard 80; Pestalozzi-Henggeler 87; teilweise anders Jäggi, OR 967 N 202; ders., SAG 23 (1950/51) 196.

76 Ebenso Lenhard 79; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 196; Solcà 22; Lanz, SAG 33 (1960/61) 216; Steiner, SAG 11 (1938/39) 215 f.

bb) Bei *güterrechtlicher Übertragung* unter Lebenden⁷⁷ gibt es für die Übertragungsverfügung unter den hier interessierenden Aspekten keine Besonderheiten. Der Ehevertrag bildet das Grundgeschäft. Die legitimierende Übertragungsverfügung besteht in einem Indossament oder einer Abtretungserklärung^{77a}.

Werden Namenaktien nach dem Tode eines Ehegatten kraft ehelichen Güterrechts übertragen⁷⁸, so braucht es eine Verfügung der Erbengemeinschaft bzw. des Universalerben, denn die güterrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten sind Erbschaftsschulden⁷⁹. Die Lücke in der Verfügungsreihe zwischen Erblasser und verfügender Erbengemeinschaft ist wiederum durch eine Erbenbescheinigung zu schliessen.

cc) In der *Zwangsvollstreckung*⁸⁰ tritt an die Stelle der Übertragungsverfügung des Gemeinschuldners ein Vermerk des Zwangsvollstreckungsbeamten⁸¹ oder der ausseramtlichen Konkursverwaltung nach SchKG 237 II.

dd) Erfolgt eine *Übertragung durch Urteil*⁸², so wirkt dieses m.E. auch dann als Übertragungsverfügung, wenn es kein Gestaltungsurteil ist⁸³. Nicht einzusehen wäre nämlich, weshalb die Gesellschaft die Eintragung im Aktienbuch sollte verweigern können, bis die formelle Übertragungsverfügung⁸⁴ auf dem mühsamen Wege der kantonalen Zwangsvollstreckung vorliegen sollte, da das Vollstreckungsergebnis bei Rechtskraft des materiellen Urteils bereits feststeht^{84a}. Wie in den vorstehenden Fällen besonderer Übertragungsverfügungen, kann auch das Urteil die Vorlegung des Titels nicht ersetzen, es sei denn, es bestehe kein Wertpapier oder dieses wäre kraftlos erklärt worden.

ee) Gehen Aktien im Zuge der *Beendigung einer juristischen Person oder Rechtsgemeinschaft* auf ein neues Rechtssubjekt über, so richtet sich die formelle Legitimation des neuen Aktionärs – und damit der Gegenstand der Prüfungspflicht der Gesellschaft – nach der Übertragungsart. In aller Regel wird ein Rechtsgeschäft der Liquidatoren oder allenfalls ein Urteil vorliegen⁸⁵, wofür die dargelegten Grundsätze der Legitimationsprüfung gelten. Ist der neue Aktionär durch die Statuten

77 Zu den Tatbeständen im einzelnen vgl. hinten § 12 bei Anm. 52.

77a A.M. Pestalozzi-Henggeler 87 und hinten § 12 bei Anm. 55.

78 Vgl. dazu hinten § 12 Anm. 53.

79 BGE 101 II 221.

80 Zu den Tatbeständen im einzelnen vgl. § 12 bei Anm. 58.

81 Jäggi, OR 967 N 205, 206; Pestalozzi-Henggeler 87; Bürgi, OR 685 N 18; Schucany, OR 685 N 2; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 99; SAG 28 (1955/56) 75; Müller, SAG 15 (1942/43) 159; vgl. auch von Tuhr/Escher/Schulin, § 97 bei N 20.

82 Etwa bei einer erfolgreichen Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrages oder auf Erbteilung.

83 Nach der neueren Praxis des Bundesgerichtes kann eine fehlende Willenserklärung im Falle der Weigerung des Pflichtigen generell durch ein Urteil ersetzt werden: BGE 102 II 6 mit Hinweisen; Oser/Schönenberger, OR 166 N 3; von Tuhr/Escher/Schulin, § 97 bei N 13.

84 Indossament oder Abtretungserklärung.

84a Ähnlich Kummer, ZSR 73 (1954) 193 f. für die Klage auf Übertragungsgenehmigung gegen die Gesellschaft.

85 Zu den Tatbeständen vgl. hinten § 12 bei Anm. 148.

bezeichnet worden⁸⁶, so kann die Legitimation mangels einer Übertragungsverfügung der Liquidatoren und eines Urteils m.E. auch durch den Nachweis der Auflösung und der begünstigenden Statuten erbracht werden, während für die subsidiäre Rechtsnachfolge des Gemeinwesens nach ZGB 57 I⁸⁷ der Nachweis des Auflösungsstatbestandes notfalls genügen dürfte.

ff) Vereinzelt wird ferner die Möglichkeit der *Subrogation* erwogen⁸⁸. Während bei gewöhnlichen Wertpapieren eine Subrogation möglich ist⁸⁹, kommt sie bei Aktien kaum in Frage, da diese nicht bloss Forderungen, sondern die Mitgliedschaft verkörpern. So dürfte es ausgeschlossen sein, dass anstelle der Gesellschaft ein Dritter leistet. Bestenfalls ist es denkbar, dass ein Dritter⁹⁰ eine fällige vermögenswerte Schuld⁹¹ der Gesellschaft erfüllt. Die Gesellschaft würde ihm dadurch ersatzpflichtig. Die Mitgliedschaftsrechte blieben von einem solchen Geschäft unberührt, da die Mitgliedschaft einem Aktionär nur auf dem Wege der Kaduzierung gegen seinen Willen entzogen werden kann und ihre rechtsgeschäftliche Übertragung einer der vorstehend geschilderten Übertragungsverfügungen seitens des Aktionärs bedarf.

Immerhin könnte man sich die Subrogation bei der Erfüllung der Restliberierungspflicht noch vorstellen, da es gute Gründe gibt für die Ansicht, dass die Liberierungspflicht nicht im Wertpapier verkörpert ist und jeweils durch besondere Schuldübernahme übertragen wird⁹². Eine Trennung von Rechten und Pflichten des Aktionärs wäre unter diesen Umständen möglich⁹³. Auch die Subrogation hinsichtlich der Restliberierung würde dann allerdings nicht zu einem Übergang der Mitgliedschaftsrechte führen⁹⁴, sondern — wenn der Aktionär der Gesellschaft dies gemäss OR 110 Ziff. 2 anzeigen würde — bloss eine Ersatzpflicht des Aktionärs gegenüber dem Dritten bewirken, so dass die Subrogation für die vorliegende Betrachtung, wo es um die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte geht, ausser Betracht fällt.

86 ZGB 57 I.

87 Bei der Rechtsnachfolge des Gemeinwesens gemäss ZGB 57 III liegt stets ein legitimierendes Urteil vor.

88 Böckli 93.

89 Vgl. dazu Jäggi, OR 967 N 29 und 189.

90 Z.B. der Hauptaktionär.

91 Z.B. Dividenden.

92 Vgl. dazu hinten § 17.

93 Das Gesetz sieht diese Trennung übrigens vor in der milden Form der subsidiären Haftung des Zeichners nach OR 687 II.

94 In Frage käme nur die Subrogation des Dritten in die Rechtsposition der AG, was eine völlig abwegige Konstruktion wäre.

3. Erweiterte Prüfungspflicht

a) Hat die Gesellschaft erheblichen Anlass, das Ergebnis der formellen Prüfung zu bezweifeln, und muss sie annehmen, der formell ausgewiesene Ansprecher sei *unberechtigterweise*⁹⁵ *nicht der wirkliche Aktionär*, so erweitert sich ihre Prüfungspflicht.

An die Erheblichkeit der Zweifel ist jedoch aus praktischen Gründen ein strenger Massstab anzulegen. Nur wenn das Abstellen auf die formelle Legitimation geradezu rechtsmissbräuchlich wäre, weil die Gesellschaft entweder sichere Kenntnis von der wahren Rechtslage hat oder bei einem erheblichen Verdacht mit geringfügigem Aufwand den Rechtsschein der formellen Legitimation verifizieren kann, sind die Voraussetzungen der erweiterten Prüfungspflicht erfüllt⁹⁶. Blosser Zweifel von grösserem oder geringerem Umfange genügen nicht⁹⁷, vielmehr braucht es dringende Verdachtsmomente⁹⁸ oder sicheres Wissen.

b) Ist die Prüfungspflicht erweitert, muss die Gesellschaft nach herrschender Auffassung zusätzlich die *Gültigkeit und Echtheit der Indossamente oder Zessionen prüfen*⁹⁹. M.E. sind darüber hinaus die Verfügungsbefugnis des Veräusserers bzw. die Gutgläubigkeit des Erwerbers und die Tradition des Titels zu prüfen. Dies dient der Verwirklichung der materiellen Rechtslage und erscheint als zumutbar, wenn an die Voraussetzungen der erweiterten Prüfungspflicht derart strenge Anforderungen gestellt werden.

c) Bei der erweiterten Prüfungspflicht trägt die Gesellschaft nach herrschender Auffassung *Gefahr und Beweislast*¹⁰⁰. Weshalb dem so sein soll, leuchtet allerdings nicht recht ein. Wenn nämlich der Gesellschaft unter der Voraussetzung der offensibaren Diskrepanz zwischen Rechtsschein und materieller Rechtslage eine zusätzliche Prüfungspflicht auferlegt wird, ist es m.E. nicht gerechtfertigt, ihr auch noch das Risiko der zusätzlichen Prüfung zu überbinden. Die Situation offener Diskrepanz wird allemal – mindestens primär – vom Ansprecher oder vom wirklichen Aktionär zu verantworten sein. Sie sollten daher auch das Risiko tragen¹⁰¹. Um-

95 Der formell Ausgewiesene kann durchaus berechtigterweise mit dem wirklichen Aktionär nicht identisch sein. Zu denken ist etwa an ein fiduziarisches Verhältnis.

96 Pestalozzi-Henggeler 36; Mercier 132; Hagmann 75; ferner, allerdings noch unter dem alten Recht, Weber 19.

97 Pestalozzi-Henggeler 36; Mercier 132.

98 Böckli 94; Moser 83; Mercier 132, 134; Reich 31; Wieland 21; Hagmann 75; Widmer 38; Conne 89 mit weiteren Hinweisen, ferner 92, wo die Anforderungen allerdings weniger streng formuliert sind.

99 Hagmann 75; Conne 89; SAG 28 (1955/56) 74 f.; Moser 83.

100 Conne 89; Mercier 132; Wieland 21. Pestalozzi-Henggeler 36 anerkennt dies nur für die Ordreaktie, während nach ihrer Auffassung bei der Rektaaktie der Ansprecher die Gefahr trägt. Indessen ist wohl zu beachten, dass nicht der derivative Rechtserwerb des Zessionars, sondern die – materielle oder auch bloss beweisrechtliche – Abstraktheit der Zession den Ausschlag gibt, weswegen m.E. beide Aktienarten gleich zu behandeln sind.

101 Gl.M. Böckli 94.

gekehrt muss die Gesellschaft jedoch dann das Risiko übernehmen, wenn sie über die erweiterte Prüfungspflicht hinaus von ihrem Prüfungsrecht Gebrauch macht¹⁰².

4. Verletzung der Prüfungspflicht

Die Gesellschaft kann die Prüfungspflicht in verschiedener Hinsicht verletzen.

a) Sie kann die *Eintragung verweigern*, indem sie den angebotenen Nachweis nicht prüft oder trotz positiven Prüfungsergebnisses den Ansprecher nicht einträgt. Dadurch verletzt sie im erstgenannten Fall eventuell und im zweiten stets das Recht des Ansprechers auf Eintragung¹⁰³. Die Frage ist in § 12 näher zu behandeln.

b) Sodann kann die Gesellschaft den Ansprecher *ungerechtfertigterweise eintragen*, sei es, dass sie den Nachweis überhaupt nicht oder bloss mangelhaft prüft, sei es, dass sie ihn trotz negativen Prüfungsergebnisses einträgt. Die Gesellschaft einerseits und das handelnde Organ andererseits machen sich dadurch zivilrechtlich verantwortlich¹⁰⁴.

Allerdings wird die Frage der Haftung nur dann aktuell, wenn auf diese Weise ein Unberechtigter im Aktienbuch eingetragen wird und dadurch überdies ein Schaden entsteht. Der Schaden kann etwa darin liegen, dass ein Nichtaktionär Vermögensrechte ausübt. Die Gesellschaft wird diesfalls dem wirklichen Aktionär gegenüber durch ihre Leistung nicht befreit, weil sie den Mangel gekannt hat oder doch hätte kennen müssen¹⁰⁵. Schäden können ferner daraus erwachsen, dass Generalversammlungsbeschlüsse ungültig sind, weil ein Nichtaktionär mitgewirkt hat.

c) Schliesslich kann die Gesellschaft die Pflicht zur erweiterten Prüfung verletzen, wodurch sie ebenfalls haftbar wird¹⁰⁶.

III. Prüfungsrecht

1. Gegenstand und Umfang

Die Gesellschaft ist befugt, die Legitimationsprüfung auszudehnen und mehr zu prüfen, als die Prüfungspflicht von ihr verlangt¹⁰⁷. Sie darf im Interesse der mög-

102 Vgl. Böckli 94; Mercier 132 und allgemein III. 2. hienach.

103 Immer unter dem Vorbehalt der Vinkulierung, vgl. vorn Anm. 4.

104 Winkler 29.

105 Vgl. BGE 87 II 256 f.

106 Bürgi, OR 685 N 26; Wieland 21; Mercier 132.

107 F. von Steiger 158; Pestalozzi-Henggeler 33, 48, 82 f.; Wieland 20; Reich 31; Böckli 93.

lichst weitgehenden Übereinstimmung von materieller Rechtslage und formeller Legitimation sowie zur Vermeidung späterer Streitigkeiten¹⁰⁸ die Gültigkeit der Übertragungsverfügung – insbesondere Verfügungsbefugnis, Handlungsfähigkeit, Echtheit der Unterschrift, Übertragungswillen – überprüfen¹⁰⁹.

Ein Teil der Lehre lässt dies allerdings nur für die Rektaakte gelten und bestreitet ein materielles Nachprüfungsrecht der Gesellschaft bei Ordreaktionen¹¹⁰. Dabei wird m.E. übersehen, dass die allgemeinen Regeln über Ordrepapiere nicht unbedenken auf Ordreaktionen übertragen werden können¹¹¹, weil diese nicht bloss Vermögensrechte verkörpern, sondern die Mitgliedschaft¹¹². Dies wird von einem Teil dieser Autoren indirekt anerkannt, indem sie zwar der Gesellschaft das Prüfungsrecht absprechen, das Ergebnis einer erfolgreichen Bestreitung der formellen Legitimation jedoch billigen¹¹³. Allerdings ist die Transportfunktion des Indossaments bei der Ordreaktion gleichwohl zu beachten. Sie wirkt sich nur weniger rigoros aus als bei gewöhnlichen Ordrepapieren, indem das weitergehende Prüfungsrecht nicht schon von vorneherein ausgeschlossen ist.

Er ergibt die erweiterte Prüfung einen Mangel auf seiten des Veräusserers, so ist die Übertragung u.U. trotzdem gültig und von der Gesellschaft zu respektieren, wenn der Erwerber gutgläubig war¹¹⁴. Ansonsten aber besteht hinsichtlich des Prüfungsrechtes kein Unterschied zwischen Ordre- und Rektaaktie¹¹⁵.

Zu beachten ist ferner, dass für die Übertragung einer Ordreaktion durch Zession die Regeln über das Prüfungsrecht bei Rektaaktien gelten¹¹⁶, was namentlich für den Gutgläubensschutz des Erwerbers¹¹⁷ von Bedeutung ist.

Grundsätzlich unbestritten ist dagegen, dass die Gesellschaft die Gültigkeit des Grundgeschäftes nicht überprüfen darf¹¹⁸. Nach Jäggi¹¹⁹ gilt dieses Verbot dann nicht, wenn der Mangel des Grundgeschäftes die Mangelhaftigkeit des Verfügungs-

108 Wieland 20; Widmer 38; Reich 31; Carry, Problèmes 173.

109 F. von Steiger 158; Pestalozzi-Henggeler 34 f., 48; Bürgi, OR 685 N 26; Winkler 24 ff.; Böckli 93 f.; SAG 28 (1955/56) 74 f.; Conne 89, 92; Wieland 20 f., 23; ders., SAG 21 (1948/49) 85; Widmer 38; Reich 31 f.; Schucany, OR 685 N 2; Wettstein 74; Beeler 205 f., 209; Hagmann 76; Mercier 132, 134.

110 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 176; Haefliger 41, 42 f.; Ribi 254; Stechel 5 f., 8; Carry, Problèmes 173.

111 Vgl. dagegen etwa die rein wertpapierrechtliche Argumentation von Haefliger 41.

112 Siegwart, OR 622 N 66. Besonderheiten ergeben sich auch aus der kausalen Natur der Ordreaktion: Jäggi, OR 1145 N 22 und OR 1146 N 26 i.V.m. OR 979 N 77 ff.; Siegwart, OR 622 N 71; Pestalozzi-Henggeler 38 f.; Steiner, SAG 11 (1938/39) 214; Trüb 20 f.

113 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 176; Stechel 8.

114 Pestalozzi-Henggeler 35; Winkler 25 f.; Reich 31 f. In diesem Sinne kann auch beige stimmt werden: Haefliger 41, 42 f.; Lanz, SAG 33 (1960/61) 246; Ribi 254; Trüb 20.

115 So ausdrücklich Winkler 28.

116 Pestalozzi-Henggeler 35; ferner Ribi 254.

117 Dazu vorn Anm. 45.

118 F. von Steiger 158 f.; Pestalozzi-Henggeler 33 f.; Bürgi, OR 685 N 26; Schucany, OR 685 N 2; Conne 91; SAG 28 (1955/56) 75; Hagmann 77; Winkler 24; Widmer 38; Stechel 5; Reich 31; Mercier 133 f.; Wieland 21, 23; ferner ders., SAG 21 (1948/49) 85.

119 SAG 23 (1950/51) 176; wohl ebenso auch Schlegel, SAG 15 (1942/43) 78 ff.

geschäftes bewirkt. Dies ist an sich konsequent, denn wenn die Gültigkeit der Übertragungsverfügung Gegenstand des Prüfungsrechtes ist, dann ist auch ein Mangel des Grundgeschäftes relevant, wenn und soweit er die Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes tangiert. Indessen sprechen nicht nur praktische Gründe gegen die Meinung von Jäggi. Sie bewirkt nämlich, dass bei Indossamenten und Abtretungserklärungen – bei diesen allerdings nur für die Anhänger der blossen Beweisabstraktheit der Zession – in allen Zweifelsfällen auch das Grundgeschäft zu prüfen ist, weil nicht ohne weiteres ein Nichtigkeitsgrund – z.B. Unsittlichkeit¹²⁰ – auszuschliessen und die Gültigkeit der Übertragungsverfügung daher fraglich ist. So falsch es ist, Ordre- und Namenaktie rein wertpapierrechtlich zu betrachten und ihre aus dem Gesellschaftsrecht fliessenden Besonderheiten zu ignorieren¹²¹, so falsch ist es auch, hier die wertpapierrechtlichen Aspekte vollständig ausser acht zu lassen und die Transportfunktion des Indossamentes bzw. die – wenn vielleicht auch nur beweisrechtliche – Abstraktheit der Abtretungserklärung zu übersehen. Es erscheint daher als richtiger, der Gesellschaft in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung¹²² jegliche Prüfung des Grundgeschäftes zu verbieten.

2. Risikoverteilung und Haftung

Macht die Gesellschaft von ihrem Prüfungsrecht Gebrauch, so trägt sie nach herrschender Auffassung Beweislast und Gefahr und muss deshalb für einen allfälligen Verzögerungsschaden¹²³ eintreten¹²⁴. Eine Minderheit der Autoren nimmt die Rektaaktie hievon aus, weil der Zessionar vollumfänglich in die Rechtsstellung des Zedenten eintritt. Wegen dieser unmittelbaren Rechtsnachfolge trage er auch die Gefahr allfälliger Mängel der Übertragungsverfügung¹²⁵. Diese Ansicht ist durchaus vertretbar, doch verdient die Mehrheitsmeinung aus zwei Gründen den Vorzug. Zum einen ist es konsequent – und gleichzeitig auch praktikabler –, wenn man beide Übertragungsarten nicht nur bei der Prüfungspflicht der Gesellschaft¹²⁶, sondern auch bei ihrem Prüfungsrecht gleich behandelt. Zum anderen wäre es m.E. unbillig, wenn der Ansprecher, der die Ausübung des Prüfungsrechts durch die Gesellschaft

120 Blosser Anfechtungsgründe wie Willensmängel fallen ohnehin ausser Betracht, da sie von der Gesellschaft als am Vertrag unbeteiligten Dritten nicht geltend gemacht werden können.

121 Vgl. vorn bei Anm. 111.

122 Vgl. soeben Anm. 118.

123 M.E. ist die Gefahr allerdings gering, dass ein solcher Schaden entsteht, weil eine zweckmässig organisierte Gesellschaft nicht leisten wird, solange über den wirklich Berechtigten Unklarheit herrscht.

124 Böckli 94; Conne 89; Schulthess 28 f.; Winkler 29; Reich 31; Mercier 132; Wieland 21; besonders im Hinblick auf Indossamente: Pestalozzi-Henggeler 35; Beeler 205 f.; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 176; Stechel 8; Carry, Problèmes 173; a.M. Hagmann 75 f.

125 Pestalozzi-Henggeler 34; Reich 32; Beeler 209.

126 Vgl. vorn bei Anm. 101 und 104; siehe auch Anm. 115.

gestatten muss, obwohl er sich ordnungsgemäss legitimiert hat, auch noch das Risiko eines Verzögerungsschadens tragen müsste. Hiegegen hat Hagmann¹²⁷ eingewendet, die Ausübung eines Rechtes – hier des Prüfungsrechtes – enthebe regelmässig von der Schadenersatzpflicht. Ob diese These einer näheren Prüfung standhalten kann, mag dahingestellt bleiben, hätte man doch hier jedenfalls eine Ausnahme vor sich. Der Ansprecher hat mit dem Nachweis der formellen Legitimation seine Pflicht vollständig erfüllt. Will die Gesellschaft freiwillig darüber hinausgehen und die materielle Nichtberechtigung des Ansprechers nachweisen, so trägt sie hiefür richtigerweise nicht nur die Beweislast, sondern auch das Risiko des Verzögerungsschadens. Eine andere Risikoverteilung wäre unbillig.

Überschreitet die Gesellschaft ihr Prüfungsrecht, haftet sie unbestrittenermassen für allen daraus entstehenden Schaden¹²⁸.

127 S. 75 f.

128 Winkler 29.

§ 11 Recht auf Sicherstellung

I. Grundsatz

Nach OR 686 III kann die Gesellschaft vom Aktienerwerber vor der Eintragung im Aktienbuch die Sicherstellung des noch ausstehenden Kapitalbetrages verlangen. Bleibt die Sicherstellung aus, so hat die Gesellschaft von Gesetzes wegen das Recht, die Eintragung zu verweigern¹. Die Eintragungsverweigerung stützt sich unmittelbar auf OR 686 III. Eine besondere Statutenbestimmung ist nicht nötig².

In der Literatur wird dieses Recht der Gesellschaft vielfach als gesetzliche Vinkulierung bezeichnet³. Diese Qualifikation ist m.E. unrichtig. Es geht hiebei ausschliesslich um den Übergang der Liberierungspflicht und nicht um den Übergang der Mitgliedschaftsrechte⁴. Gewöhnliche Namenaktien können stets ohne Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden⁵. OR 686 III bewirkt keine Ausnahme von diesem Grundsatz, denn die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte besagt nichts über das Schicksal der Mitgliedschaftspflicht beim Übergang des Aktientitels⁶.

Die einzige Voraussetzung für die Ausübung des Sicherstellungsrechtes ist die Tatsache der unvollständigen Liberierung. Die Gesellschaft kann daher auch von einem unzweifelhaft solventen Erwerber Sicherheit verlangen⁷. Dies gilt sogar dann, wenn der Erwerber bereits mit anderen Aktien im Aktienbuch verzeichnet ist⁸. Ist der Erwerber jedoch erst einmal eingetragen, dann kann eine nachträgliche Sicherstellung nur bei entsprechender statutarischer Vorschrift verlangt werden⁹. Die Gesellschaft ist völlig frei darin, ob sie von diesem Recht Gebrauch machen will¹⁰. Allerdings macht sich die Verwaltung zivilrechtlich verantwortlich, wenn infolge besonderer Umstände Anlass besteht, die Sicherstellung zu verlangen, und sie trotzdem darauf verzichtet¹¹.

1 Bürgi, OR 686 N 2, 9, 55; F. von Steiger 162; ders., SAG 11 (1938/39) 99; Wettstein 67, 68; Walder 28; ferner Wieland 114, 116 f.

2 Funk, OR 685 f. N 5; Schucany, OR 686 N 2; Schulthess 43.

3 So Bürgi, OR 684 N 11, OR 686 N 9, 25; Pestalozzi-Henggeler 94; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 160; Widmer 42; Sautaux 14; Glettig 35 f.

4 Nur diese können m.E. vinkuliert werden; vgl. dazu Pestalozzi-Henggeler 116.

5 Vgl. hinten § 12 I. 2. a) und allgemein § 15 IV.

6 Vgl. vorn § 10 Anm. 93 und hinten § 17.

7 Pestalozzi-Henggeler 94.

8 Bürgi, OR 686 N 10.

9 Bürgi, OR 686 N 10, 55; Wettstein 92; Funk, OR 685 f. N 5.

10 Pestalozzi-Henggeler 94; Bürgi, OR 686 N 54; Wettstein 67; Schucany, OR 686 N 2; Widmer 43; Sautaux 14; Steiner, SAG 17 (1944/45) 193 f.; Beeler 209; Spörri 164; a.M. Winkler 47; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 99.

11 Gl.M. Bürgi, OR 686 N 54, 9; ders., SAG 23 (1950/51) 136 f.; Schucany, OR 686 N 2; Walder 28 f.

Das Gesetz lässt die Art der Sicherstellung offen¹². M.E. ist daraus zu schliessen, dass die Gesellschaft keine bestimmte Art der Sicherstellung verlangen kann, sondern sich mit jeder Sicherheit begnügen muss, die den noch ausstehenden Betrag deckt¹³. Es kann sich folglich um eine Real- oder Personalsicherheit handeln¹⁴. Je nach Art der Sicherheit ist ein angemessener Zuschlag für die Imponderabilien der Realisierung angebracht und zulässig¹⁵. Verlangt die Gesellschaft mehr Sicherheiten als objektiv gerechtfertigt, kann sich der Erwerber – jedenfalls bei der gewöhnlichen Namenaktie – mit einer Klage auf Eintragung nebst Angebot genügender Sicherheit wehren¹⁶.

Unter dem Vorbehalt allfälliger Vinkulierungsbestimmungen muss der Erwerber eingetragen werden, sobald er genügende Sicherheit geleistet hat¹⁷. Bei gewöhnlichen Namenaktien besteht nach der Leistung der Sicherheit allemal ein Anspruch auf Eintragung¹⁸.

Verweigert die Gesellschaft die Eintragung im Aktienbuch, weil die verlangte Sicherheit nicht geleistet wird, bleibt es zumindest bei gewöhnlichen Namenaktien bei der Trennung von Mitgliedschaftsrechten und Mitgliedschaftspflicht¹⁹. Dies war schon unter dem alten Recht so²⁰ und gilt weiter, weil OR 687 die Liberierungspflicht mit dem formellen Aktienbucheintrag verknüpft, während die Mitgliedschaftsrechte – mindestens bei den gewöhnlichen Namenaktien – frei übertragbar sind.

II. Ausnahmen

Die Sicherstellung darf nicht verlangt werden bei Aktien, die durch Erbgang, eheliches Güterrecht und Zwangsvollstreckung auf ein anderes Rechtssubjekt übergehen²¹. Abweichende Statutenbestimmungen sind ungültig²².

Nach der einen Ansicht gilt diese Regel über die im Gesetz genannten Fälle hinaus für alle Tatbestände des gesetzlichen Übergangs der Mitgliedschaft²³. Nach der anderen Auffassung, welche m.E. angesichts des klaren Wortlautes von OR 686

12 Wieland 98.

13 Wohl a.M. Bürgi, OR 686 N 56.

14 Vgl. F. von Steiger 159.

15 Pestalozzi-Henggeler 94.

16 In diesem Sinne wohl auch Wieland 98, 115. Vgl. im übrigen § 12 bei Anm. 161.

17 Pestalozzi-Henggeler 94, 54.

18 Bürgi, OR 686 N 57; Pestalozzi-Henggeler 94; Wettstein 67 f.; Wieland 96 f., 98, 112 f., 116; ferner Sautaux 14.

19 A.M. Pestalozzi-Henggeler 95; Winkler 44; Sautaux 14.

20 Vgl. altOR 637 III; ferner die soeben in Anm. 19 zit. Autoren.

21 OR 686 IV; Pestalozzi-Henggeler 101; Steiner, SAG 17 (1944/45) 194; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 99.

22 Vgl. Pestalozzi-Henggeler 101; Bürgi, OR 686 N 58 mit Hinweis.

23 Guhl/Merz/Kummer 628.

IV vorzuziehen ist, beschränkt sich die Regel auf die dort genannten drei Tatbestände, die allerdings weit auszulegen sind²⁴. Liegt einer dieser Tatbestände vor, so darf die Eintragung unter dem Vorbehalt statutarischer Vinkulierung auch dann nicht verweigert werden, wenn der neue Aktionär offensichtlich nicht solvent ist²⁵. Selbst wenn eine statutarische Vinkulierung besteht, kann die Eintragung im Aktienbuch nach OR 686 IV nur verweigert werden, wenn sich andere Aktionäre²⁶ bereit finden, die betreffenden Aktien zum Börsenkurs oder, wo ein solcher nicht besteht, zum wirklichen Wert²⁷ im Zeitpunkt der Anmeldung²⁸ zu übernehmen. Dies gilt für alle Vinkulierungsbestimmungen, wie immer sie auch lauten mögen²⁹, selbst für den Fall des vollständigen Übertragungsverbotes nach OR 684 I³⁰.

Da sich der innere Wert dauernd ändert, kann er nicht in den Statuten fixiert werden³¹. Fraglich scheint mir ferner die Ansicht, dass der Berechnungsmodus für den Übernahmepreis durch die Statuten beliebig festgelegt werden könne. Immerhin dürfte es zulässig sein, in den Statuten die Methode festzulegen, nach welcher der wirkliche Wert ermittelt werden soll. Allerdings muss diese statutarisch definierte Methode tatsächlich geeignet sein, annähernd den wirklichen Wert zu bestimmen³².

24 Pestalozzi-Henggeler 160 ff.; Reich 147; noch weitergehend Bürgi, OR 686 N 63 ff. und Stechel 24 ff.

25 Vgl. Bürgi, OR 686 N 61. Wettstein 70 hält diese Konsequenz für unbegreiflich. Die Erklärung ist m.E. darin zu suchen, dass sich auch sonst kein Gläubiger gegen einen Schuldnerwechsel infolge Erbgangs, ehelichen Güterrechts und Zwangsvollstreckung wehren kann, mag er dadurch schlechtergestellt werden oder nicht.

26 Die im Gesetz besonders hervorgehobenen Mitglieder der Verwaltung sind mindestens im Umfange der Pflichtaktien auch Aktionäre.

27 D.h. zum inneren Wert: Bürgi, OR 686 N 86; Schueany, OR 686 N 3. Der wirkliche Wert *stricto sensu* lässt sich kaum ermitteln, weil hiebei auch sehr schwierig zu bestimmende Werte wie etwa die Zukunftsaussichten der Unternehmung, die Fähigkeiten der Geschäftsleitung, gegebenenfalls auch sogenannte Paketzuschläge usw. zu berücksichtigen sind; vgl. Pestalozzi-Henggeler 179 f.; Gubler, SAG 23 (1950/51) 3 ff.; Bürgi, OR 686 N 86, 90 sowie ausführlich im Hinblick auf die erbrechtliche Übernahme Lenhard 57 ff. und Solcà 58 ff.; vgl. ferner zur analogen Regelung bei der GmbH W. von Steiger, OR 792 N 17 f.

Im übrigen ist es notorisch – vgl. z.B. Gubler, SAG 23 (1950/51) 2 –, dass auch der Börsenkurs vielfach keineswegs dem wirklichen Wert entspricht. Ob man daraus allerdings mit Bürgi, OR 686 N 83 schliessen darf, es sei auch bei kotierten Aktien auf den wirklichen Wert abzustellen, wenn dieser über dem Börsenkurs liegt, ist m.E. fraglich.

28 Der Zeitpunkt kann statutarisch nicht modifiziert werden: Pestalozzi-Henggeler 101 und ausführlich 181 f.

29 Pestalozzi-Henggeler 101.

30 Pestalozzi-Henggeler 160.

31 Ebenso Funk, OR 685 f. N 6.

32 Pestalozzi-Henggeler 101, ferner 180; sodann Lenhard 69; Stechel 70; Schulthess 78 f.; ähnlich wie hier auch Guhl/Merz/Kummer 635, während Solcà 30 allzu streng erscheint; nur unter dieser Voraussetzung wird man F. von Steiger, SAG 16 (1943/44) 6 folgen können.

§ 12 Anspruch auf Eintragung

I. Voraussetzungen des Anspruches

1. Anspruchsberechtigung

Wer aus eigenem Recht die Übertragung von Aktien der Gesellschaft anmelden kann¹, ist auch zur Geltendmachung des Anspruches legitimiert². Der Anspruch steht also in erster Linie dem Erwerber zu, während der Veräusserer dann anspruchsberechtigt ist, wenn die veräusserten Aktien noch nicht vollständig liberiert sind³. Hingegen hat die AG ihrerseits keinen Anspruch darauf, dass der Erwerber sich eintragen lässt⁴, und kann die Umschreibung daher nicht erzwingen⁵.

2. Materielle Voraussetzungen

- a) Bei der *gewöhnlichen Namenaktie* sind die Voraussetzungen für die Übertragung der Mitgliedschaft – vom originären Erwerb der Mitgliedschaft soll hier nicht die Rede sein⁶ – ein gültiges Kausalgeschäft, die Übertragung des Titelbesitzes⁷ sowie
- bei der Ordreaktie das Indossament und entweder Verfügungsbefugnis des Veräusserers oder guter Glaube des Erwerbers;
 - bei der Rektaaktie die Zession und die Verfügungsbefugnis des Veräusserers⁸.

Dabei hat die Gesellschaft im wesentlichen nur die Ordnungsmässigkeit der Übertragungsverfügung zu prüfen⁹. Erfolgt diese Prüfung auf Grund einer Anmeldung, fällt sie positiv aus und ist eine von der Gesellschaft gegebenenfalls verlangte Sicher-

1 Vgl. vorn § 9 III.

2 Funk, OR 685 f. N 2; Lenhard 78.

3 Vgl. vorn § 9 III. 3. sowie Beeler 205; Krafft 152 Anm. 27, 227 f.; Conne 76 mit weiteren Hinweisen; Lanz, SAG 30 (1957/58) 233 f., der sich allerdings nur über die gewöhnlichen Namenaktien äussert. Nach F. von Steiger 141 f. und Mercier 139 f. hat sich der Erwerber statt an die Gesellschaft an den Veräusserer zu halten.

4 Pestalozzi-Henggeler 50 mit Hinweisen, ferner 175; Bürgi, OR 685 N 19 f.; Wieland 33, 112; ders., SJZ 48 (1952) 3; Winkler 20 f., 41; Wettstein 74; Ribl 253; Schulthess 28; Mercier 123, 135; Conne 87 f., 112 f.; Reich 27 und Hagmann 73, 82, je mit weiteren Hinweisen; Widmer 37; Reichwein, SAG 33 (1960/61) 15; SAG 28 (1955/56) 74.

5 Winkler 21.

6 Zum Anspruch auf Eintragung in diesem Falle vgl. vorn § 5 II. 1. d).

7 In der Regel durch Tradition.

8 Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 21; Salzgeber-Dürig 175 f. und 177 f.; vgl. im übrigen vorn § 10 II. 2.

9 Vgl. vorn § 10 II. 2.

heit¹⁰ geleistet, so sind alle Voraussetzungen für die Eintragung im Aktienbuch erfüllt.

b) Zu den vier Voraussetzungen für die Übertragung der Mitgliedschaft, die bei der gewöhnlichen Namenaktie erfüllt sein müssen¹¹, tritt bei der *vinkulierten Namenaktie* die Genehmigung der Übertragung durch die Gesellschaft als fünfte hinzu¹².

Lange Zeit war heftig umstritten, ob sich die Vinkulierung auf die Übertragung der Mitgliedschaft oder auf die Eintragung im Aktienbuch oder auf beides beziehen könne¹³. Mit überzeugender Begründung hat das Bundesgericht entschieden, dass die Vornahme oder Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch nicht Gegenstand der Vinkulierung ist, sondern eine Vollzugshandlung der Genehmigung oder Ablehnung des Erwerbers darstellt¹⁴. Damit steht fest, dass zwischen dem Verbot bzw. der Beschränkung der Übertragung nach OR 627 Ziff. 8 und der Verweigerung der Eintragung nach OR 685 f. kein materieller Unterschied besteht¹⁵ und dass Vinkulierungsklauseln die Modalitäten der Genehmigung einer Aktienübertragung regeln¹⁶.

Im einzelnen können die Vinkulierungsklauseln sehr verschieden lauten¹⁷. Im einen Extremfall¹⁸ sind die Ablehnungsgründe in den Statuten präzise umschrieben und abschliessend aufgezählt. In diesem Falle wird sich regelmässig leicht feststellen lassen, ob der Erwerber die Anforderungen erfüllt oder nicht¹⁹. Erfüllt der Erwerber die statutarischen Bedingungen, so kann er die Genehmigung notfalls klageweise erzwingen²⁰.

10 Dazu § 11.

11 Soeben a).

12 Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 19; Lanz, SAG 30 (1957/58) 234; Salzgeber-Dürig 177; Pestalozzi-Henggeler 132; ferner Guhl/Merz/Kummer 632; Conne 92; Mercier 151; Stechel 17.

13 Vgl. dazu etwa Pestalozzi-Henggeler 116 ff.; Böckli 109; Stechel 15 f.; Conne 96 ff.

14 BGE 90 II 171 ff. und 243; 83 II 301; 87 II 256; Luzerner Obergericht in SAG 38 (1966) 252; Schluep, SAG 48 (1976) 123; Jaggi, OR 967 N 150; ders., SAG 23 (1950/51) 203; Bürgi, OR 686 N 43; Salzgeber-Dürig 177; Wieland 53 f.; Wettstein 69; Müller, SAG 15 (1942/43) 158; Lanz, SAG 18 (1945/46) 103.

15 BGE 83 II 301 f. mit zahlreichen Hinweisen; 90 II 171 E 3 und 243; Schluep, SAG 48 (1976) 123; Schucany, OR 684 N 1; Glettig 45 f. mit Hinweisen; W. von Steiger, ZBJV 95 (1959) 98; vgl. auch hinten § 15 nach Anm. 16.

16 Das obligatorische Grundgeschäft bleibt von der Vinkulierung ebenfalls unberührt: Conne 95 f.

17 Vgl. dazu etwa Pestalozzi-Henggeler 96 ff. und Böckli 111 f.

18 Wenn man einmal vom totalen Übertragungsverbot nach OR 684 I und 627 Ziff. 8 absieht, das nur sehr selten vorkommt; vgl. dazu Bürgi, OR 686 N 26; F. von Steiger 170; Pestalozzi-Henggeler 96; Böckli 111; Sautaux 17.

19 Ob er z.B. die erforderliche Staatsbürgerschaft hat oder einer bestimmten Familie angehört; Beispiele von Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 19.

20 Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 19; Bürgi, OR 686 N 36; Pestalozzi-Henggeler 98; Hagmann 77, 78; Patry 152; ebenso, aber ohne zwischen Genehmigung und Eintragung zu unterscheiden: Böckli 111 f.; Flattet 153; Krafft 162; Wieland, SAG 19 (1946/47) 121; Hausheer 191; für ein Klagerecht des Veräusserers namentlich Wieland, SAG 25 (1952/53) 177.

Im anderen Extremfall ermächtigen die Statuten den Verwaltungsrat oder ein anderes Organ, die Genehmigung nach freiem Ermessen und ohne Angabe von Gründen zu erteilen oder zu verweigern²¹. Der Erwerber kann sich diesfalls nur wehren, wenn ihm die Genehmigung in offensichtlich willkürlicher Weise verweigert wird²², was sich naturgemäss kaum je wird beweisen lassen²³.

Bei den dazwischenliegenden Vinkulierungsvarianten²⁴ hängt die Erzwingbarkeit der Genehmigung davon ab, ob der Erwerber belegen kann, dass er die üblichen Anforderungen erfüllt, die die Gesellschaft an die Genehmigung stellt²⁵, und ob das zuständige Organ den gegebenenfalls eingeräumten Ermessensspielraum einhält²⁶. Ohne Rücksicht auf den Inhalt der Vinkulierungsklausel ist die Genehmigung stets dann konkludent erteilt, wenn sämtliche Aktien einer Gesellschaft mit einem einzigen Rechtsgeschäft übertragen werden^{26a}.

Bei vinkulierten Namenaktien ist in der Anmeldung regelmässig auch das Gesuch um Genehmigung der Übertragung enthalten²⁷. Häufig erfolgt die Genehmigung durch konkludentes Verhalten der Gesellschaft, namentlich indem die nachgesuchte Eintragung des Erwerbers ohne weiteres vorgenommen wird²⁸. Die Genehmigung kann jedoch auch schon vor der Übertragung der Mitgliedschaft erteilt werden,

- 21 OR 686 II; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 19; Funk, OR 685 N 4, der allerdings Genehmigung und Eintragung nicht auseinanderhält. Ein freies Ermessen wird – soweit ersichtlich – einzig abgelehnt von Guhl, SAG 13 (1940/41) 32 ff.
- 22 ZGB 2 II; BGE 76 II 70 ff.; Funk, OR 685 f. N 4; Pestalozzi-Henggeler 97; Bürgi, OR 686 N 29 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 19; Böckli 112 f. mit weiteren Hinweisen; Monteil, SAG 34 (1961/62) 227; Hagmann 78; Schmid 24 f.; Hausheer 191; Sautaux 17; Wieland, SAG 25 (1952/53) 177. Dies wird wohl übersehen von Haefliger 46.
- 23 Vgl. etwa Bürgi, OR 686 N 30; Wieland 60; Thilo, SAG 30 (1957/58) 184; K. Widmer, SAG 40 (1968) 42 f. – Ein Beispiel offensichtlich willkürlicher Eintragungsverweigerung liegt vor, wenn sämtliche Aktionäre – und damit auch sämtliche Verwaltungsräte – einer Gesellschaft einem Dritten ein Vorkaufsrecht an den Aktien einräumen und die Gesellschaft die Genehmigung der Übertragung verweigert, wenn der Dritte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht.
- 24 Vgl. dazu u.a. Thilo, SAG 30 (1957/58) 184 ff.; Guhl, SAG 13 (1940/41) 29 ff.; Stechel 14 f.; sodann allgemein Schluep, SAG 48 (1976) 123 f.; für die Frage der Genehmigung durch aussenstehende Dritte insbes. von Graffenried, SAG 40 (1968) 147 f. mit Hinweisen.
- 25 Conne 93.
- 26 Böckli 112; Conne 93; ferner Schucany, SAG 29 (1956/57) 6 f.
- 26a Für die Übertragung aller Aktien einer Immobilien-AG Fatton 94 f. und, allerdings durch einen alten BGE zum Genossenschaftsrecht unnötig verunsichert, Schlaepfer 135 f.; vgl. im übrigen die Situation beim Tode des Alleinaktionärs hinten bei Anm. 43.
- 27 Conne 105.
- 28 SJZ 38 (1941/42) 135 Nr. 149 = Rep. 75 (1942) 79; F. von Steiger 161; Pestalozzi-Henggeler 131, 133; Böckli 113; Guhl/Merz/Kummer 632; Bürgi, OR 686 N 43; Carry, Problèmes 117, 118; ders., Considérations 36; Stechel 17; Mercier 152; Wieland 53 f.; ferner BGE 75 II 354; Luzerner Obergericht in SAG 38 (1966) 252; Jäggi, OR 967 N 152; Conne 104. – Pestalozzi-Henggeler weist darauf hin (S. 131 f. und 133), dass eine konkludente Genehmigung nur vorliegt, wenn sie den statutarischen Vorschriften über die Form der Genehmigung entspricht. Diese wird man jedoch allemal als erfüllt betrachten können, wenn der Ansprecher beispielsweise in den Verwaltungsrat gewählt wird oder an der Generalversammlung teilnimmt und das dort vertretene, für die Genehmigung zuständige Organ hiegegen nicht opponiert.

wenn die Kontrahenten vorgängig das zuständige Organ anfragen, ob der vorgesehene Erwerber genehm sei²⁹. Sie ist unwiderruflich³⁰.

Auch bei der vinkulierten Namenaktie hat das zuständige Organ nur die Übertragungsverfügung zu prüfen³¹. Fällt diese Prüfung, die wiederum auf Grund einer Anmeldung erfolgen muss, positiv aus, ist eine von der Gesellschaft allenfalls geforderte Sicherheit³² geleistet und hat das zuständige Organ die Übertragung genehmigt, so sind sämtliche Voraussetzungen für eine Eintragung im Aktienbuch erfüllt³³.

c) Gesondert zu untersuchen sind die *Voraussetzungen* für den Anspruch auf Eintragung, wenn die Mitgliedschaft *nach OR 686 IV* durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung übergeht. Die Frage der Sicherstellung des nicht liberierten Grundkapitals ist vorn in § 11 behandelt. Auch hier müssen gewöhnliche und vinkulierte Namenaktien auseinandergehalten werden (nachstehend cc) und dd)). Vorab sind jedoch die unter OR 686 IV fallenden Tatbestände zu präzisieren (nachstehend aa)) und anschliessend der Grund ihrer Sonderbehandlung zu untersuchen (nachstehend bb)).

aa) Im folgenden ist nun zu untersuchen, welche *Tatbestände* im einzelnen unter OR 686 IV fallen. Allgemein lässt sich festhalten, dass diese Ausnahmebestimmungen weit auszulegen sind, wie schon bei den Ausnahmen von der Sicherstellungspflicht dargelegt wurde³⁴.

aaa) Unter den *erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft* fallen nicht nur der Übergang vom Erblasser auf die Erbengemeinschaft bzw. den Alleinerben, sondern auch die Übertragung anlässlich der Erbteilung³⁵ und durch Erbvertrag³⁶. Ferner betrifft OR 686 IV auch den Übergang von Aktien infolge von Vermachtnissen³⁷.

Verlangt die Erbengemeinschaft die Eintragung und hat es unter den Erben Personen, welche die Voraussetzungen für die Eintragung im Aktienbuch nicht erfüllen, stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft die Eintragung ablehnen darf. Sofern sich ein Übernehmer findet, darf sie ablehnen, weil sie auch den indirekten Einfluss nicht genehmer Erben — über Willensvollstrecker, Erbenvertreter usw. —

29 Pestalozzi-Henggeler 131; Stechel 17; Wettstein 74 f. — Bürgi, OR 686 N 45 bezeichnet diese vorgängige Genehmigung als "Einwilligung".

30 Mercier 155; Wettstein 75.

31 Vgl. vorn § 10 Anm. 46.

32 Vgl. vorn § 11.

33 Vgl. Stechel 17.

34 Vgl. vorn § 11 bei Anm. 24.

35 Bürgi, OR 686 N 63 f.; Stechel 24 f.; Pestalozzi-Henggeler 162 f.; Trüeb 54; Lenhard 48; Salzgeber-Dürig 220 f.; Solcà 34 f.; ferner Reich 147; Böckli 115; Lanz, SAG 33 (1960/61) 218 f.

36 Bürgi, OR 686 N 66; Solcà 40; Lenhard 49 f., der mit Recht darauf hinweist, dass OR 686 IV entgegen Solcà 41 — selbstverständlich nicht gilt, wenn der Erblasser Namenaktien erhält als Entgelt für den Erbvertrag.

37 Bürgi, OR 686 N 65; Stechel 25 f.; Lenhard 49; Solcà 36 f.; Lanz, SAG 33 (1960/61) 218; a.M. Pestalozzi-Henggeler 163; Salzgeber-Dürig 220; Reich 147.

nicht dulden muss³⁸. Durch die Übernahme werden die Interessen der genehmen Erben nicht verletzt³⁹, da sie voll entschädigt werden⁴⁰. Sind sie jedoch an der Mitgliedschaft interessiert, können sie dafür sorgen, dass die Anmeldung unterbleibt oder eine Übernahmeofferte ausgeschlagen wird.

Umgekehrt kann sich die Gesellschaft damit abfinden, dass es unter den Erben nicht genehme Personen hat, und sich auf die Wahrung ihres Ablehnungsrechtes bei der Erbteilung beschränken⁴¹. Entgegen Monteil⁴² hat die Gesellschaft kein Recht, die Erbteilung zu verlangen⁴³, fehlt ihr doch schon der Anspruch darauf, dass die Erben überhaupt ein Eintragungsgesuch stellen⁴⁴. Diese können sich mit der faktischen Aktionärsstellung begnügen oder die Aktien an Dritte veräussern, deren Eintragungsgesuch dann den gewöhnlichen Regeln und namentlich auch den Vin- kulierungsbestimmungen unterliegt⁴⁵. Bedenken gegen den Schwebezustand⁴⁶ sind m.E. unbegründet, da die Erbengemeinschaft ein Eintragungsgesuch stellen kann, das zwingend entweder zu ihrer Eintragung im Aktienbuch oder zu ihrer finanziellen Abfindung führt. Verzichtet sie freiwillig hierauf, muss sie den Nachteil der Suspension auf sich nehmen. Auf alle Fälle hat sie die Möglichkeit, ihre Interessen zu wahren. Ein Mehreres wird man nicht verlangen können.

Ein besonderer Fall liegt vor, wenn der Erblasser Alleinaktionär war. In der Regel fehlt es dann nämlich an dem für die Eintragung zuständigen Organ. Dies führt jedoch nicht zu besonderen Schwierigkeiten, denn die Erbengemeinschaft oder der Alleinerbe brauchen sich natürlich nicht sich selber gegenüber zu legitimieren, zumal die Gesellschaft ausser ihnen keine weiteren Gesellschafter hat, welche als einzige die Legitimation verlangen könnten⁴⁷. Sollte ausnahmsweise das zuständige Organ doch noch funktionsfähig sein, weil es aus Nichtaktionären zusammengesetzt ist⁴⁸, so dürfte es die Eintragung keinesfalls verweigern, weil ausser den

38 Restriktiver Solcà 32 f., wonach die Gesellschaft nur ablehnen darf, wenn gegen sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft Ablehnungsgründe vorliegen.

39 A.M. Monteil, SAG 34 (1961/62) 230.

40 BGE 92 III 25.

41 A.M. Stechel 52, weil seines Erachtens die Gesellschaft gar keinen Entscheid fällen kann, solange das Erbe nicht geteilt ist und daher nicht feststeht, welchem Erben die Aktien letztlich zukommen. Unrichtig m.E. Lanz, SAG 33 (1960/61) 219, wonach die Eintragung der Erbengemeinschaft jedem Erben einen Anspruch auf Eintragung nach der Erbteilung verschaffen soll.

42 SAG 34 (1961/62) 230 f.

43 Dies um so mehr, als Monteil selber zugeben muss, dass sein Lösungsvorschlag in verschiedenen wichtigen Fällen versagt: a.a.O. 232 f.

44 Stechel 53 mit ausführlicher Begründung, 27 f. mit weiteren Hinweisen und 68; sodann Lenhard 20; Winkler 20 f.; Mercier 123; ferner Bürgi, OR 685 N 20; a.M. Jäggi, SAG 23 (1950/51) 200 f.; Monteil, SAG 34 (1961/62) 230 f. – Unklar ist hingegen, wie Stechel 69 zu einem selbständigen Entscheidungsrecht der Gesellschaft unabhängig von einer Anmeldung gelangt, zumal diese sowohl für die Eintragung wie für die Bestimmung des Übernahme- preises Voraussetzung ist.

45 Ebenso Lenhard 27; unentschieden Jäggi, SAG 23 (1950/51) 201.

46 Bürgi, OR 686 N 73 ff. mit weiteren Hinweisen sowie BGE 75 II 348 ff., 353.

47 Ebenso Stechel 73.

48 Vgl. vorn § 5 III.

Erben gar niemand da ist, in dessen Interesse das zuständige Organ die Eintragung verweigern könnte⁴⁹. Die Erbengemeinschaft oder der Alleinerbe erfüllen daher ohne Rücksicht auf Vinkulierungsklauseln die Voraussetzungen für die Eintragung im Aktienbuch⁵⁰. Für die Erbteilung gelten dann wieder die allgemeinen Regeln⁵¹.

bbb) Auch bezüglich des Erwerbes infolge *ehelichen Güterrechts* greift eine weite Auslegung Platz. Es fallen hierunter sowohl der Erwerb durch Ehevertrag vor und während der Ehe als auch weitere Übertragungen unter Ehegatten nach ZGB 177⁵² sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe⁵³. Nach weiterhin herrschender Auffassung geht die Mitgliedschaft beim Ehevertrag ipso iure über⁵⁴, und infolge seiner dinglichen Wirkung sind Indossament bzw. Zession einerseits sowie Tradition des Titels andererseits nicht erforderlich⁵⁵. Obwohl diese Auffassung keineswegs ohne weiteres einleuchtet⁵⁶, braucht sie nicht weiter geprüft zu werden, weil in allen Fällen aus legitimationsrechtlichen Gründen⁵⁷ nebst der Tradition des Titels ein Indossament oder eine Zession erforderlich ist.

ccc) Der Übergang durch *Zwangsvollstreckung* erfasst in gleicher Weise die Verwertung in der Betreibung auf Pfandung wie in der Betreibung auf Konkurs, gleichgültig ob sie freihändig oder durch Gant erfolgt⁵⁸. Sodann fallen m.E. unter diesen Tatbestand die Fälle der Versilberung in der Betreibung auf Pfandverwertung, in der konkursamtlichen Nachlassliquidation nach SchKG 193 und in allen Spielarten

49 Die Gesellschaft ist m.E. – obwohl sie rechtsdogmatisch wie rechtssoziologisch eine Realität ist – kein Wert an sich, sondern stets auf ihre Gesellschafter bezogen. Die Interessen der Gesellschaft sind die Interessen mindestens der Mehrheit der Gesellschafter und nicht etwa die Interessen der Verwaltung, die zuweilen erheblich von den Gesellschafterinteressen abweichen können.

50 Im Ergebnis gleich: Teitler 141 f. und für den vergleichbaren Fall der Übertragung sämtlicher Aktien einer Immobilien-AG die vorn in Anm. 26a zit. Autoren. Abzulehnen ist hingegen die Auffassung von Stechel 74 f., wonach das zuständige Organ – oder bei seinem Fehlen ein Beistand – die Erben abzulösen habe, wenn sie den Vinkulierungsbestimmungen nicht genügten; einerseits gilt das soeben in Anm. 49 angeführte Argument und andererseits verlangt OR 686 IV nicht ohne Grund die Übernahme durch *Aktionäre* (dazu hinten bei Anm. 79), welche Voraussetzung in den vorliegenden Fällen unerfüllbar ist.

51 Teitler 142.

52 Bürgi, OR 686 N 68 f.; Salzgeber-Dürig 221; Reich 148; etwas weniger weitgehend Guhl, SAG 13 (1940/41) 35 und Trüeb 52.

53 Pestalozzi-Henggeler 165; Salzgeber-Dürig 121.

54 Im Anschluss an die eherechtliche Literatur, besonders an Egger, ZGB 215 N 7 und ZGB 179 N 15, namentlich Pestalozzi-Henggeler 165 und allgemein 161; Glettig 60; Reich 148.

55 Stechel 12; Pestalozzi-Henggeler 161; Trüeb 59.

56 Es ist hier nicht der Ort, diese eherechtlichen Fragen zu klären. Immerhin müsste m.E. eine Abweichung von den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln für den Übergang von Eigentum und Besitz im Gesetz ausdrücklich geregelt sein, wie das im Erbrecht der Fall ist, oder sich doch wenigstens zwingend aus Sinn und Zweck des Ehevertrages ergeben. Hier ist weder das eine noch das andere der Fall.

57 Vgl. dazu vorn § 10 Anm. 77a und nachstehend Anm. 73.

58 Bürgi, OR 686 N 71; Pestalozzi-Henggeler 166 f., 161; Salzgeber-Dürig 222; Guhl, SAG 13 (1940/41) 35; ferner Reich 149; Schulthess 74.

des amtlichen Nachlassvertrages⁵⁹. Umgekehrt gelten die allgemeinen Regeln des rechtsgeschäftlichen Erwerbes, wenn eine Aktienübertragung im Rahmen eines privaten Nachlassvertrages⁶⁰ oder einer privaten, freihändigen Pfandverwertung⁶¹ stattfindet.

bb) Der dogmatische *Grund für die Sonderbehandlung* der Fälle von OR 686 IV durch das Gesetz liegt nicht im Übergang der Mitgliedschaft ipso iure, wie in der Literatur zuweilen behauptet wird⁶². Zum einen wäre dies bloss eine äusserliche Gemeinsamkeit, und zum anderen fallen unter OR 686 IV auch Fälle rein rechtsgeschäftlichen Mitgliedschaftswechsels⁶³. Unter dem Aspekt der Rechtsnatur betrachtet, haben diese Ausnahmen keine rechtliche Gemeinsamkeit^{63a}. Indessen sind sie keineswegs zwecklos. Die Expertenkommission beschloss sie aus Gründen des Familien- und Gläubigerschutzes⁶⁴. Bei näherer Betrachtung liegt die dogmatische Rechtfertigung dieser Ausnahmen darin, dass in allen Fällen von OR 686 IV entweder effektiv ein Schuldnerwechsel vorliegt⁶⁵ oder eine ihm analoge Situation⁶⁶. Die Gesellschaft ist durch diese Regelung aber nicht etwa benachteiligt, sondern im Gegenteil privilegiert. Während nämlich gewöhnliche Gläubiger diese Fälle des Schuldnerwechsels ohne weiteres dulden müssen, kann die Gesellschaft wenigstens so weit die Person des neuen Schuldners mitbestimmen, als sich übernahmewillige Aktionäre finden. Diese Regelung wird auch den Interessen des Erwerbers gerecht, bezweckt sie doch seine volle Entschädigung im Falle der Abweisung durch die Gesellschaft⁶⁷.

cc) Werden *gewöhnliche Namenaktien* durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung⁶⁸ übertragen, so sind die Voraussetzungen für den Anspruch auf Eintragung die gleichen wie beim gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Erwerb⁶⁹ mit den schon behandelten Besonderheiten der Übertragungsverfügung und der Legitimation⁷⁰, denn der neue Aktionär erwirbt die Mitgliedschaft in den meisten

59 Gl.M. bezüglich der Nachlassverträge Bürgi, OR 686 N 72 und bezüglich der Pfandverwertung BGE 78 II 276; Pestalozzi-Henggeler 157; Müller, SAG 15 (1942/43) 159; Schlatter, SAG 15 (1942/43) 188.

60 Dabei kann es sich namentlich um Novation oder Vereinbarung über Leistung an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber (vgl. dazu von Tuhr/Escher/Schulin, § 56) handeln.

61 Ebenso Pestalozzi-Henggeler 157; Müller, SAG 15 (1942/43) 161 f.; Reich 149.

62 Vgl. etwa Stechel 21 f.

63 Vgl. soeben aa).

63a Pestalozzi-Henggeler 162; Schluep 107.

64 Prot.Exp.Kom. 292 ff. und im Anschluss daran Stechel 22.

65 Bei der Sicherstellung des ausstehenden Grundkapitals.

66 Bei der Vinkulierung, die der Gesellschaft – insbes. bei Ermessensklauseln – eine gläubiger-ähnliche Stellung verschafft.

67 BGE 92 III 25.

68 OR 686 IV. Vgl. vorn § 10 II. 2. f) und soeben aa).

69 Vgl. dazu vorn a).

70 Vgl. vorn § 10 II. 2. f).

dieser Fälle⁷¹ ipso iure⁷². Wenn demnach die legitimationsrechtliche Prüfung⁷³ des Mitgliedschaftsübergangs auf Grund einer Anmeldung erfolgt⁷⁴ und positiv ausfällt, sind alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, und der neue Aktionär kann daher von der Gesellschaft die Eintragung im Aktienbuch verlangen⁷⁵. Nach der ausdrücklichen Vorschrift von OR 686 IV darf keine Sicherheit für eine allfällige Liberationsforderung der Gesellschaft verlangt und der Erwerber muss auch bei dubioser Bonität eingetragen werden⁷⁶.

dd) Ist die Gesellschaft nach den allgemeinen Regeln nicht verpflichtet, die Umschreibung im Aktienbuch vorzunehmen, weil der Gesuchsteller den Anforderungen der *Vinkulierung* nicht genügt⁷⁷, so muss sie unter besonderen Umständen doch die Genehmigung erteilen, wenn die Mitgliedschaft infolge Erbgangs, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung übergeht⁷⁸. Die Genehmigung darf in diesen Fällen nur verweigert werden, wenn Mitglieder der Verwaltung⁷⁹ oder andere Aktionäre bereit sind, die Aktien zum Börsenkurs⁸⁰ oder zum wirklichen Wert im Zeitpunkt der Anmeldung zu übernehmen⁸¹. Diese Bestimmung dient dem Schutz des Erwerbers und ist folglich insoweit zwingendes Recht, als sie durch die Statuten nur zugunsten, nicht aber zuungunsten des Erwerbers modifiziert werden kann⁸². In gewissen Grenzen können die Statuten immerhin Regeln über die Berechnung des Übernahmepreises aufstellen⁸³. OR 686 IV gilt auch für den Fall, dass die

71 Über die Ausnahmen vgl. vorn Anm. 63.

72 Pestalozzi-Henggeler 87, 172 f., 174; Stechel 12, 19 f., 22; Bürgi, OR 686 N 59; ferner Guhl/Merz/Kummer 634; Nahrath 36; a.M. Lanz, SAG 17 (1944/45) 3 f. mit Berufung auf eine inzwischen aufgegebene Bundesgerichtspraxis.

73 Diese erfordert auch dann ein Indossament oder eine Zession bzw. eines der Surrogate (dazu vorn § 10 II. 2. f), wenn die Mitgliedschaft ipso iure übergegangen ist.

74 Vgl. dazu vorn § 10 II. 2.

75 Bürgi, OR 686 N 61; Salzgeber-Dürig 218; Guhl/Merz/Kummer 634; für die Fälle des Erbganges auch Teitler 158.

76 Vgl. dazu vorn § 11 Anm. 25.

77 Vgl. vorn lit. b).

78 OR 686 IV. Vgl. etwa F. von Steiger 161; Pestalozzi-Henggeler 174; Carry, Problèmes 181.

79 Das Gesetz spricht im Gegensatz zu den Entwürfen ausdrücklich von den *Mitgliedern* der Verwaltung, so dass man annehmen darf, sie seien in ihrer Eigenschaft als Pflichtaktionäre genannt; vgl. dazu vorn § 11 Anm. 26 und hinten bei Anm. 113. – Nach Jäggi (SAG 31 [1958/59] 63) ist es möglich, dass Verwaltungsräte als Vertreter juristischer Personen nach OR 707 III keine eigenen Aktien haben; diese dürfen dann m.E. auch bloss für die vertretene juristische Person Aktien erwerben.

80 Dazu insbes. Lenhard 55 ff.

81 OR 686 IV; vgl. dazu vorn § 11 Anm. 27 sowie F. von Steiger 161; Pestalozzi-Henggeler 101; Lenhard 57 ff.; Guhl/Merz/Kummer 634; Winkler 57 f.; Wettstein 69; Lanz, SAG 33 (1960/61) 218.

82 Vgl. vorn § 11 II. und dort in Anm. 32 zit. Autoren sowie Lenhard 69 mit weiteren Hinweisen.

83 Vgl. dazu vorn § 11 bei Anm. 32. Soweit Erben betroffen sind, brauchen sie den statutarisch festgelegten oder auf Grund statutarischer Regeln berechneten Übernahmepreis, der unter dem wirklichen Wert liegt, schon deshalb nicht zu akzeptieren, weil dies ein Vermächtnis zugunsten der Übernehmer wäre, das den erbrechtlichen Formvorschriften nicht genüge: Guhl/Merz/Kummer 635.

Statuten die Übertragung gänzlich ausschliessen⁸⁴. Umgekehrt gilt diese Regelung nur für vinkulierte, keinesfalls aber für gewöhnliche Namenaktien⁸⁵.

Im einzelnen ergibt sich vorab, dass ein Erwerber im Sinne von OR 686 IV, der den Vinkulierungsvorschriften der Gesellschaft entspricht, den gleichen Eintragungsvoraussetzungen unterliegt wie der entsprechende rechtsgeschäftliche Erwerber⁸⁶. Genügt der Erwerber im Sinne von OR 686 IV jedoch den Vinkulierungsbestimmungen nicht, so darf die Gesellschaft die Genehmigung nur verweigern, wenn sich unter den Aktionären ein Übernehmer findet, der den Erwerber voll entschädigt⁸⁷. OR 686 IV tritt daher nicht an die Stelle der Vinkulierung⁸⁸, sondern macht das Recht zur Verweigerung der Eintragung vom Angebot der Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert durch einen Aktionär abhängig⁸⁹.

Es fragt sich, wie diese Übernahme rechtlich zu qualifizieren ist. In der Literatur gehen die Meinungen stark auseinander. Da ist die Rede von einem gesetzlichen Ablösungsrecht, das als aufhebendes Gestaltungsrecht beschrieben wird, und ein Forderungsrecht des Eintragungswilligen gegenüber der Gesellschaft entstehen lasse⁹⁰. Ein Gestaltungsrecht der Gesellschaft, das dieser erlaubt, einen Eintragungswilligen entweder zum Aktionär zu machen oder ihn abzuweisen und sich dadurch zur Ablösung zu verpflichten, liegt nach Auffassung von Jäggi vor⁹¹. Dem abgelehnten Ansprecher bleibt nach dieser Konzeption nur die finanzielle Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft⁹², und zum übernehmenden Aktionär besteht nur dann eine Rechtsbeziehung, wenn sich dieser besonders verpflichtet hat⁹³. Im Anschluss an eine Fundstelle in den Materialien hält ein Teil der Lehre ein Vorkaufsrecht der Gesellschaft für gegeben⁹⁴. Andere Autoren nehmen ein gesetzliches Kaufsrecht an⁹⁵. Pestalozzi-Henggeler sieht ein durch Übergang infolge Erbgangs, ehelichen Güterrechts und Zwangsvollstreckung suspensiv bedingtes gesetzliches Kaufsrecht der Gesellschaft zugunsten Dritter, d.h. der übernahmewilligen Aktionäre, verwirklicht⁹⁶. Andere können sich nicht zwischen einem Kaufs- und einem

84 OR 684 I und OR 627 Ziff. 8; F. von Steiger 161; Pestalozzi-Henggeler 160; Reich 147; Schulthess 77; Guhl, SAG 13 (1940/41) 36; Wieland 55 f.; ders., SAG 13 (1940/41) 112; a.M. Thilo, SAG 30 (1957/58) 186 und Stechel 67.

85 Bürgi, OR 686 N 61; Lanz, SAG 17 (1944/45) 4, 9; Thilo, SAG 30 (1957/58) 186 f.

86 Vgl. dazu vorn cc).

87 Vgl. dazu BGE 92 III 25 und Solcà 23 f.

88 So jedoch Pestalozzi-Henggeler 174; Wieland 59; Lanz, SAG 18 (1945/46) 105; Guhl, SAG 13 (1940/41) 34, 35 f.; Schulthess 74, 76; ferner Nahrath 37.

89 Stechel 52; Lenhard 13, 33; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 201; ders., SAG 31 (1958/59) 62; Glettig 61; Wettstein 69; Carry, Problèmes 181; Monteil, SAG 34 (1961/62) 259.

90 Stechel 32.

91 SAG 23 (1950/51) 200 f.; ähnlich auch Stechel 29, wo – im Gegensatz zu seiner Auffassung S. 32, vgl. soeben Anm. 90 – von einem alternativen Wahlrecht die Rede ist.

92 a.a.O. 201.

93 a.a.O. 202.

94 Prot.Exp.Kom. 294; F. von Steiger 144, 164; ders., SAG 16 (1943/44) 3; Guhl, SAG 13 (1940/41) 36.

95 Bürgi, OR 686 N 62; Schlupe 108; Wieland 56, 59 et passim; Krafft 169; Aepli 173; K. Widmer, SAG 40 (1968) 48.

96 S. 170 f. und 177 f.

Vorkaufsrecht entscheiden⁹⁷. Wieder andere verwenden sich für ein bedingtes Recht der Gesellschaft auf Ablehnung⁹⁸.

Auf Grund ihrer sehr sorgfältigen Untersuchung kommt Salzgeber-Dürig zum Ergebnis, dass weder eine Vorhand noch ein atypisches Vorkaufsrecht vorliegen kann⁹⁹. Dem ist beizupflichten, nicht jedoch ihrer Feststellung, dass eine bedingte Kaufspflicht seitens der Gesellschaft besteht¹⁰⁰.

Bei genauer Betrachtung ergibt sich nämlich folgendes: Bedingung für die Verweigerung der Eintragung ist bloss die Übernahmeofferte und nicht etwa die Übernahme selber¹⁰¹. Andererseits reicht es nicht aus, dass die Gesellschaft einfach die Ablehnung erklärt¹⁰², vielmehr muss ein Aktionär die Übernahme offerieren¹⁰³, was sich schon aus dem Wortlaut von OR 686 IV¹⁰⁴, aber auch aus der Entstehungsgeschichte¹⁰⁵ ergibt. Dabei muss es genügen, wenn ein Aktionär sich bereit erklärt, die Aktien zum wirklichen Wert zu übernehmen, denn damit ist der Übernahmepreis – wenn auch mit Vorbehalten hinsichtlich der Genauigkeit der Bestimmungsmethoden¹⁰⁶ – bestimmbar¹⁰⁷. Erst wenn eine solche Übernahmeofferte vorliegt, darf die Gesellschaft die Übertragungsgenehmigung verweigern. Der Übernahmebetrag ist alsdann vom übernehmenden Aktionär geschuldet¹⁰⁸ und nicht etwa von der Gesellschaft¹⁰⁹, denn OR 686 IV will eine verdeckte Kapitalrückzahlung verhindern¹¹⁰. Hiegegen kommt die ursprüngliche, begriffslogische Argumentation von Jäggi¹¹¹ nicht an. Wenn es auch zutrifft, dass grundsätzlich das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Erben oder sonstigen Erwerbern nach OR 686 IV einerseits und dasjenige zwischen der Gesellschaft und den übrigen Aktionären andererseits auseinanderzuhalten sind, genügt es doch nicht, von der Gesellschaft unter Hinweis auf die Organhaftung zu verlangen, sie dürfe anmeldende Erwerber im Sinne von OR 686 IV nur ablehnen, wenn sich intern Aktionäre zur Übernahme bereit erklärt haben. Ist dies nämlich nicht der Fall und sind die verantwortlichen Organe illiquid, so kann es faktisch doch zu einer Schmälerung des Haftungssubstrats der

97 Secrétan 121.

98 Glettig 62; Solcà 24 f.; Lenhard 32 f.

99 S. 230 f.

100 Salzgeber-Dürig 218, 224; vgl. auch Thilo, SAG 30 (1957/58) 186.

101 Ebenso Lenhard 39.

102 So aber Jäggi, SAG 23 (1950/51) 201; Monteil, SAG 34 (1961/62) 263; Salzgeber-Dürig 222, 232.

103 Schluep 108.

104 Wie hier Pestalozzi-Henggeler 162, ferner 161; sodann Lenhard 40 f.

105 Prot.Exp.Kom. 293 f.; Stechel 31; a.M. Pestalozzi-Henggeler 177. Diese Bedingung muss auch dann erfüllt sein, wenn die Gesellschaft auf Grund der Vinkulierungsbestimmungen verpflichtet wäre, den Ansprecher abzuweisen: Schluep 108 f. mit ausführlicher Begründung und weiteren Hinweisen.

106 Vgl. dazu vorn § 11 Anm. 27.

107 A.M. Lenhard 43 ff.

108 Ebenso Lenhard 40.

109 So jedoch Jäggi, SAG 23 (1950/51) 202; ders., SAG 31 (1958/59) 62 ff.; Monteil, SAG 34 (1961/62) 258, 259; ferner Bürgi, OR 686 N 62.

110 Dieser Meinung nun auch Jäggi, SAG 31 (1958/59) 62 f.

111 SAG 23 (1950/51) 202.

Gesellschaftsgläubiger kommen und diese haben im Konkurs der Gesellschaft das Nachsehen. Ferner besteht die Möglichkeit, dass das Erwerbsgeschäft wegen Verletzung von OR 659 nichtig ist¹¹². Infolgedessen muss der Übernahmepreis vom übernehmenden Aktionär und nicht von der Gesellschaft geschuldet sein.

Für diese Auffassung spricht noch ein weiteres Argument aus dem Gesetzestext. Das Gesetz handelt ausdrücklich von den *Mitgliedern* der Verwaltung, während im Entwurf noch allgemein von der Verwaltung die Rede war. Aus der Tatsache, dass diese Formulierung ohne Begründung erst in den Ratsverhandlungen ins Gesetz kam¹¹³, muss man m.E. entgegen Jäggi¹¹⁴ schliessen, dass damit die in der Expertenkommission¹¹⁵ geäußerte Auffassung, wonach die *Gesellschaft* die Erwerber nach OR 686 IV entschädigen müsse, derogiert worden ist. Wenn man schon auf die Materialien abstellen will, muss man dieser geänderten Formulierung erst recht entnehmen, dass eben gerade nicht die Gesellschaft, sondern Aktionäre und unter diesen vorab die Verwaltungsräte die Aktien übernehmen sollen; andernfalls wäre es zweifellos bei der sprachlich einfacheren Formulierung des Entwurfes geblieben.

Fordert OR 686 IV bloss das Angebot der Übernahme durch einen bisherigen Aktionär zum wirklichen Wert, so steht es dem Erwerber im Sinne von OR 686 IV frei, ob er diese Offerte annehmen will¹¹⁶. Er kann sie ablehnen und sich wie ein abgelehnter rechtsgeschäftlicher Erwerber¹¹⁷ mit den einzelnen, aus der Mitgliedschaft entstehenden Forderungen begnügen oder die Aktien an Dritte veräussern¹¹⁸. Ein solches Veräusserungsgeschäft ist dann als eine gewöhnliche Veräusserung unter Lebenden zu behandeln. Die Ablehnung der Offerte kann als Verzicht auf das Privileg von OR 686 IV aufgefasst werden¹¹⁹. Das von Monteil¹²⁰ aufgeworfene Problem, wem von mehreren übernahmewilligen Aktionären die Gesellschaft die zu übernehmenden Aktien zuzuteilen habe, löst sich bei der hier vertretenen Auffassung auf einfache Weise. Die Gesellschaft hat überhaupt nichts zuzuteilen. Interessieren sich mehrere Aktionäre für die Übernahme, so entscheidet der Erwerber im Sinne von OR 686 IV, welche Offerte er annehmen will und mithin welcher Aktionär die begehrten Aktien erhalten soll. Kommt es dabei zu einer Konkurrenz zwischen mehreren Übernahmewilligen, ist das für den Erwerber im Sinne von OR 686 IV nur von Vorteil, zumal wenn man an die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des wirklichen Wertes der Aktien denkt¹²¹.

112 BGE 96 II 21 f.; Lenhard 41, 72 mit weiteren Hinweisen.

113 StenBull StR 1931, 405 f.; Jäggi, SAG 31 (1958/59) 63.

114 Ebd.

115 Prot.Exp.Kom. 292 ff.; Jäggi a.a.O.

116 Lenhard 38, 96; Conne 102; ferner Monteil, SAG 34 (1961/62) 258 ff. und sodann BGE 87 II 258, wo es um eine OR 686 IV verwandte statutarische Bestimmung ging.

117 Ähnlich Jäggi, SAG 23 (1950/51) 200.

118 Ebenso Monteil, SAG 34 (1961/62) 260.

119 So Monteil, SAG 34 (1961/62) 260.

120 a.a.O. 263 ff.

121 Selbstverständlich ist der wirkliche Wert der Aktien nur der Mindestpreis für die Übernahme. OR 686 IV will m.E. keineswegs verhindern, dass ein höherer Preis gelöst wird.

Erklärt sich ein Aktionär zur Übernahme bereit, so darf er entgegen BGE 75 II 353¹²² nicht "provisorisch" im Aktienbuch eingetragen werden¹²³. Eine provisorische Eintragung gibt es nicht. Entweder wird ein Ansprecher als Aktionär akzeptiert, dann muss er auch vorbehaltlos im Aktienbuch eingetragen werden; oder er wird abgelehnt und dann ist seine Eintragung im Aktienbuch ausgeschlossen. Eine "vermittelnde" Lösung ist weder möglich noch nötig. Dauert es nämlich infolge eines Streites um den Wert der Aktien oder aus anderen Gründen einige Zeit, bis die Eintragung des Übernehmers erfolgen kann, so stehen den Erwerbern im Sinne von OR 686 IV in der Zwischenzeit die fälligen Forderungen aus den Aktien zu¹²⁴. Auch brauchen sie die Titel erst dann zu indossieren bzw. zu zedieren und herauszugeben, wenn sie die Ablösesumme erhalten¹²⁵. Der Übernehmer darf erst danach im Aktienbuch eingetragen werden und die Mitgliedschaftsrechte wahrnehmen. Zuvor ist er nämlich aus den zu übernehmenden Aktien gar nicht berechtigt, und auch ein allfälliger vorzeitiger, "provisorischer" Eintrag im Aktienbuch vermöchte den Mangel der fehlenden Übertragung nicht zu heilen¹²⁶. Andererseits kann auch der Erwerber im Sinne von OR 686 IV die Mitgliedschaftsrechte so lange nicht ausüben, als ihn die Gesellschaft nicht akzeptiert¹²⁷. In der Übergangszeit kann daher niemand die Mitgliedschaftsrechte ausüben¹²⁸. Diese Auffassung kann namentlich beim erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft dazu führen, dass die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte u.U. während längerer Zeit suspendiert ist. Allerdings kann diese Konsequenz auch mit der vom Bundesgericht vorgesehenen Fristansetzung nicht vermieden werden¹²⁹.

Aus dieser Auffassung folgt ferner, dass die Gesellschaft die Herausgabe der Titel selbst dann nicht verlangen kann, wenn ein den gesetzlichen Erfordernissen genügendes Übernahmeangebot vorliegt¹³⁰. Umgekehrt hat natürlich auch der Erwerber im Sinne von OR 686 IV keinen Anspruch darauf, dass ihm die Aktionäre die Übernahme anbieten¹³¹. Aus dieser Warte erscheint es erstaunlich, dass häufig von der Vorstellung ausgegangen wird, der Erwerber nach OR 686 IV verlange primär die Übernahme durch bisherige Aktionäre und müsse sich mit der Eintragung

122 Im Anschluss an diesen Entscheid ebenso Guhl/Merz/Kummer 635.

123 Ausführliche Kritik dieses bundesgerichtlichen Regelungsversuches bei Lenhard 82 ff.

124 Lanz, SAG 33 (1960/61) 219.

125 Stechel 51; Solcà 28.

126 Vgl. hinten § 14 Anm. 26. Die vom Bundesgericht in BGE 75 II 353 und Schucany, OR 686 N 3 sowie Solcà 28 erwogene Sicherstellung der Erwerber nach OR 686 IV für die Zwischenzeit erübrigt sich unter diesen Umständen.

127 BGE 75 II 353; a.M. Stechel 51, wonach die Gesellschaft die Erben vorläufig zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte soll zulassen müssen.

128 Guhl/Merz/Kummer 635; Solcà 26; ähnlich auch Lanz, SAG 33 (1960/61) 219; a.M. und für einen resolutiv bedingten Erwerb durch die Erbengemeinschaft H.A. Vogel 138 mit weiteren Hinweisen.

129 BGE 75 II 353; vgl. im übrigen darüber, dass dies auch bei der bundesgerichtlichen Theorie von der Rechtsträgerschaft des Buchaktionärs nicht anders ist, Monteil, SAG 34 (1961/62) 261 und hinten bei Anm. 135 sowie § 19 Anm. 54.

130 Monteil, SAG 34 (1961/62) 262.

131 Lenhard 96, 33.

begnügen, falls sich kein Übernehmer findet¹³². Zu erwarten ist doch das Gegenteil. Der Erwerber im Sinne von OR 686 IV ersucht um die Genehmigung des Aktionärswechsels und um die Eintragung im Aktienbuch. Dies kann ihm nur verwehrt werden, wenn sich ein Aktionär findet, der eine genügende Übernahmeofferte stellt. Tritt dieser Fall ein, so ist dies für den Erwerber im Sinne von OR 686 IV in der Regel der ungünstigere Fall. Ist er aber ausnahmsweise am Erlös der Aktie mehr interessiert als an der Mitgliedschaft, so kann sein Vorgehen kein anderes sein. Hingegen ist dann die Übernahme der Aktien für ihn günstiger. Wird er statt dessen und eigentlich gegen seine Absicht eingetragen, so kann er sich als akzeptierter Gesellschafter immer noch auf die Suche nach einem Käufer machen.

Es bleibt noch zu fragen, was geschieht, wenn die Gesellschaft auf das Eintragungsgesuch hin nicht reagiert, also weder den Erwerb genehmigt und den Gesuchsteller einträgt noch einen Übernehmer beschafft. Im Anschluss an BGE 75 II 353 wird allgemein ausgeführt, der Gesuchsteller dürfe in diesem Falle der Gesellschaft eine angemessene Frist für ihre Entscheidung ansetzen und nach deren Ablauf die "provisorische Eintragung" verlangen¹³³. Zur "provisorischen Eintragung" wurde schon ablehnend Stellung genommen¹³⁴. Aber auch die Ansetzung einer Frist erscheint als überflüssig. Stellt ein Ansprecher das Gesuch um Genehmigung eines Aktienerwerbes und um Eintragung im Aktienbuch, so hat er Anspruch darauf, dass ihm die Gesellschaft innert nützlicher Frist¹³⁵ eine positive oder negative Antwort gibt. Verstreicht die Frist, ohne dass sich die Gesellschaft äussert, so hat sie nach allgemeiner Auffassung ihr "Recht auf Ablehnung" des Gesuchstellers verwirkt, und ihr Schweigen wird als Zustimmung zum Aktienerwerb gedeutet¹³⁶. Der Gesuchsteller hat alsdann auch einen Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch.

Man braucht jedoch m.E. nicht so weit zu gehen. Es genügt, wenn die Gesellschaft für den Schaden eintreten muss, der entsteht, wenn die nach Ablauf der angemessenen Frist eingeleitete Klage auf Eintragung im Aktienbuch deswegen obsolet wird, weil die Ablehnung des Klägers und die Übernahmeofferte zu spät ausgesprochen werden¹³⁷. Ob die Gesellschaft auf den übernehmenden Aktionär

132 So z.B. BGE 75 II 353; vgl. auch die in nachstehender Anm. 136 zit. Autoren.

133 F. von Steiger 161; Funk, OR 685 f. N 7; Schucany, OR 686 N 3; Guhl/Merz/Kummer 635; Lanz, SAG 33 (1960/61) 218; ähnlich auch Stechel 52. – Monteil, SAG 34 (1961/62) 230 ff. will der Gesellschaft gestützt auf OR 96 ein Recht zur Fristansetzung zubilligen, welche Meinung Teitler 141 unzutreffenderweise auch Stechel und dem zit. BGE unterstellt. Die Konstruktion scheitert m.E. schon daran, dass die Gesellschaft keine Anmeldung verlangen kann (vgl. vorn Anm. 4 und 130 sowie § 9 Anm. 49).

134 Vgl. vorn bei Anm. 122 und Teitler 141 f., wo das Versagen der herrschenden Auffassung beim Tode des Alleinaktionärs dargestellt wird.

135 Bei kleineren Gesellschaften mag diese Frist zwei, drei Wochen betragen und bei grösseren, wo die Suche nach einem übernahmewilligen Aktionär mehr Zeit erfordern kann, etwas länger sein.

136 BGE 75 II 353; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 200; Stechel 52; Lenhard 84; Monteil, SAG 34 (1961/62) 231; Lanz, SAG 33 (1960/61) 218.

137 Ähnlich auch Lenhard 91 f.

zurückgreifen kann, hängt davon ab, wer intern für die Verspätung verantwortlich ist. Im übrigen ist daran zu erinnern, dass Ablehnung und Übernahmeofferte nur so lange vorgebracht werden können, als die betreffende Prozessordnung die Berücksichtigung der geänderten tatsächlichen Verhältnisse zulässt¹³⁸.

ee) Die *Zusammenfassung* der vorstehenden Untersuchungen ergibt folgendes Resultat:

Die *Voraussetzungen für die Eintragung nach OR 686 IV* sind gegeben, wenn die allgemeinen Voraussetzungen¹³⁹ erfüllt sind und ausserdem der Erwerber im Sinne von OR 686 IV

- den Vinkulierungsanforderungen entspricht¹⁴⁰, oder
- zwar gegen die Vinkulierungsbestimmungen verstösst, sich aber kein Aktionär findet, der die Übernahme der Aktien zum Börsenkurs bzw. zum wirklichen Wert offeriert¹⁴¹.

d) Im folgenden sind noch einige *weitere Sonderfälle* zu behandeln:

aa) Beschliesst die Gesellschaft nach OR 648 I eine Umwandlung des Zweckes¹⁴², die Beseitigung von Statutenbestimmungen, welche die Beschlussfassung in der Generalversammlung erschweren¹⁴³, oder die Einführung von Stimmrechtsaktien¹⁴⁴, so sind nach OR 648 II allfällige Vinkulierungsbestimmungen während sechs Monaten nach der Veröffentlichung dieser Beschlüsse im Schweizerischen Handelsamtsblatt für alle Aktionäre sistiert, die diesen Beschlüssen nicht zugestimmt haben. Solche Aktionäre können ihre Aktien also innert der genannten Frist frei veräussern¹⁴⁵. Die Eintragungsvoraussetzungen sind daher die gleichen wie bei gewöhnlichen Namenaktien¹⁴⁶. Die Frist von OR 648 II ist gewährt, wenn die Anmeldung vor ihrem Ablauf bei der Gesellschaft eingeht¹⁴⁷.

bb) Werden Aktien durch *Urteil* übertragen¹⁴⁸, so fragt sich, ob die Gesellschaft durch das Urteil verpflichtet wird, den durch den Entscheid ausgewiesenen Aktionär einzutragen. Die Frage ist klar zu verneinen. Das Urteil wirkt nur *inter partes*¹⁴⁹.

138 Lenhard 91; Guldener 184 f.

139 Prüfung auf Grund einer Anmeldung, positives Prüfungsergebnis, Leistung einer allfälligen Sicherheit; vgl. dazu vorn a).

140 Carry, *Problèmes* 182.

141 Pestalozzi-Henggeler 182; Lenhard 90; Bürgi, OR 686 N 61; Salzgeber-Dürig 224; Solcà 23 f.; Monteil, SAG 34 (1961/62) 228, 229.

142 Vgl. dazu etwa Siegwart, OR 648 N 2 ff.; Funk, OR 648 N 2; Schucany, OR 648 N 2.

143 Vgl. dazu etwa Siegwart, OR 648 N 8 f.; Funk, OR 648 N 3; Schucany, OR 648 N 3.

144 Vgl. dazu etwa Siegwart, OR 648 N 10; Funk zu OR 693; Schucany, OR 648 N 4 und zu OR 693.

145 Siegwart, OR 648 N 17 f.; Funk, OR 648 N 5; Schucany, OR 648 N 6; F. von Steiger 162 f.; Winkler 58.

146 Vgl. lit. a) hievor.

147 Siegwart, OR 648 N 17.

148 Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen auf den Vollzug eines Aktienkaufs geklagt wird.

149 Statt vieler Guldener 371 ff.

Da die Gesellschaft nicht Prozesspartei ist, wird sie vom Urteil nicht direkt berührt. Abgesehen von der Besonderheit bei der Legitimation¹⁵⁰ gelten die allgemeinen Voraussetzungen für gewöhnliche¹⁵¹ und vinkulierte¹⁵² Namenaktien.

Vom eben beschriebenen Tatbestand ist deutlich zu unterscheiden der Fall der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage auf Eintragung im Aktienbuch¹⁵³. Hier ist die Gesellschaft selbstverständlich Prozesspartei und entsprechend an das Urteil gebunden.

cc) Schliesslich bleibt noch zu klären, wie es sich verhält, wenn *juristische Personen oder Rechtsgemeinschaften*, die als Aktionäre eingetragen sind, *aufgelöst* werden. In aller Regel kommt es dann zu einer Liquidation mit rechtsgeschäftlicher Übertragung an Dritte, oder die Auseinandersetzung erfolgt durch Urteil. Für beide Fälle sind die Voraussetzungen vorstehend dargelegt. Findet ausnahmsweise keine Liquidation statt, wird der ganze Vermögenskomplex, in dem sich auch die hier interessierenden Namenaktien befinden, gesamthaft durch Rechtsgeschäft¹⁵⁴ oder statutarische Anordnung¹⁵⁵ auf ein neues Rechtssubjekt übertragen. Subsidiär fällt das Vermögen an das Gemeinwesen¹⁵⁶. In allen Fällen gelten m.E. ohne Besonderheiten die dargestellten Voraussetzungen für gewöhnliche und vinkulierte Namenaktien. Jedenfalls ist eine Sonderbehandlung in Analogie zu OR 686 IV ausgeschlossen¹⁵⁷.

Ein ganz anderer Fall liegt vor, wenn bei einer Gesellschaft, die als Aktionärin im Aktienbuch figuriert, Änderungen im Bestand der Gesellschafter eintreten¹⁵⁸. Rechtlich bleibt der Aktionär der gleiche, und demgemäss bleibt auch die Eintragung im Aktienbuch unverändert, obwohl wirtschaftlich ein Aktionärswechsel stattgefunden hat.

II. Rechtsfolgen des Anspruches

1. Klagerecht

Sind alle Voraussetzungen zur Eintragung erfüllt, haben der Erwerber und in beschränktem Umfange¹⁵⁹ auch der Veräusserer das Recht, von der Gesellschaft die

150 Vgl. dazu vorn § 10 bei Anm. 83.

151 Vorn a).

152 Vorn b).

153 Dazu nachstehend II. 1.

154 Zu denken ist da namentlich an OR 181 f., 748 ff., 824 ff., 914.

155 Dies besonders bei Verein und Stiftung.

156 ZGB 57.

157 Pestalozzi-Henggeler 164; Salzgeber-Dürig 221; teilweise a.M. Wettstein 71.

158 Paradebeispiel ist hier wohl die Holdinggesellschaft, deren Aktien mehrheitlich in neue Hände übergehen.

159 Vgl. vorn Anm. 3 und § 9 III. 3.

Umschreibung des Aktienbuches zu verlangen¹⁶⁰. Dieses Recht kann notfalls klageweise durchgesetzt werden¹⁶¹. Es handelt sich um eine Leistungsklage¹⁶², allenfalls auch um eine Klage auf Feststellung des Eintragsanspruches¹⁶³. Allerdings ist dabei zu beachten, dass nach der Praxis des Bundesgerichtes eine Feststellungsklage ausgeschlossen ist, wenn bereits auf Erfüllung geklagt werden kann¹⁶⁴.

Der Gerichtsstand für diese Klagen ist nach allgemeiner Regel am Sitz der Gesellschaft¹⁶⁵. Wird diese zur Eintragung des klagenden Ansprechers verurteilt und weigert sie sich, die Eintragung vorzunehmen, so ist der Kläger durch das Urteil und den Titel genügend legitimiert, um sämtliche Mitgliedschaftsrechte ausüben zu können¹⁶⁶.

Während dem Erwerber dieses Klagerecht unbestrittenermassen zusteht, muss der Veräusserer nach Mercier¹⁶⁷ gegen den Erwerber auf Vollzug des Veräusserungsvertrages klagen¹⁶⁸. Ist diese Klage erfolgreich, kann die Gesellschaft die Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch auf Anmeldung des Veräusserers hin vornehmen, da dieser durch das Urteil legitimiert ist¹⁶⁹. Ferner kann der Veräusserer gemäss Wieland¹⁷⁰ vom Erwerber klageweise die Befreiung von der Liberierungspflicht verlangen. Dieser Umweg ist jedoch nur dann nötig, wenn der Veräusserer infolge unvollständiger Liberierung des Grundkapitals zwar aus eigenem Rechte anmelden,

160 Allgemein BGE 76 II 67; SJZ 42 (1946) 58 Nr. 16; Tenger 75 f.; Beeler 205; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 21; Winkler 30; Schucany, OR 685 N 2; Forrer 239; Hagmann 77; Wieland 53 f.

Hinsichtlich gewöhnlicher Namenaktien: Pestalozzi-Henggeler 52, 116; Bürgi, OR 684 N 18, OR 685 N 25, OR 686 N 1; ders., Überlegungen 207; Salzgeber-Dürig 176; Funk, OR 685 f. N 2, OR 684 N 1; Glettig 30; Stechel 5 f., 28; Ribl 254; Schmid 22; Hausheer 190; Wettstein 67 f., 74; Guhl/Merz/Kummer 632; Böckli 95; Conne 78 f.; Patry 150; Lanz, SAG 17 (1944/45) 2; ders., SAG 18 (1945/46) 100; ders., SAG 30 (1957/58) 233 f.

Hinsichtlich vinkulierter Namenaktien: Pestalozzi-Henggeler 132; Bürgi, OR 686 N 36; Mercier 155; Stechel 17; Sautaux 17 f.; Carry, Problèmes 117 f.

Hinsichtlich der Fälle von OR 686 IV: Pestalozzi-Henggeler 182; Stechel 28 f.; Lenhard 89 f.; Thilo, JT 94 (1946) I 35; Lanz, SAG 30 (1957/58) 234.

Für nur teilweise liberierte Aktien vgl. vorn § 11 Anm. 17, 18.

161 BGE 76 II 68; Pestalozzi-Henggeler 52, 132, 176; Bürgi, OR 686 N 30; Böckli 95 f., 111 f.; Trueb 32; Funk, OR 685 f. N 2; Lanz, SAG 17 (1944/45) 2, 4; Weiss N 236; Patry 150; Schulthess 28; Reich 28; Winkler 30; Sautaux 17; Mercier 136; besonders für die Fälle von OR 686 IV Pestalozzi-Henggeler 182.

162 BGE 76 II 68; Bürgi, OR 686 N 30; Böckli 95 f.; Pestalozzi-Henggeler 52, 56, 132; Hagmann 78; Haefliger 45; Weiss N 236; Kohler 95.

163 BGE 69 II 317, 318; Pestalozzi-Henggeler 56; Funk, OR 685 f. N 4; Hagmann 78.

164 BGE 77 II 344 ff. = Pra. 41 (1952) 24 ff. Nr. 12; BGE 101 II 187 ff. mit weiteren Hinweisen; Tuor/Schnyder, ZGB (9. Aufl., Nachdruck Zürich 1979) 87; Guldener 210; Lenhard 89.

165 OR 642 III; vgl. etwa Siegwart, OR 626 N 28 und Einl. vor OR 620 N 322.

166 Vgl. dazu vorn § 10 Anm. 83 und insbes. Kummer, ZSR 73 (1954) 193 f.

167 S. 139 f.

168 Vgl. vorn § 9 bei Anm. 36.

169 Mercier 140; Conne 78.

170 S. 112 f.

aber den Beweis für den Übergang der Mitgliedschaft nicht erbringen kann¹⁷¹. Darf der Veräusserer ausnahmsweise selbständig anmelden, müssen ihm konsequenterweise auch der Anspruch auf Umschreibung des Aktienbuches und die Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung dieses Anspruches zugebilligt werden.

2. Verantwortlichkeit

Wird die Eintragung ungerechtfertigterweise verweigert, so werden die Gesellschaft und allenfalls auch die fehlbaren Organe zivilrechtlich verantwortlich¹⁷². Dabei richtet sich die Haftung nach ZGB 55 bzw. OR 718 III und gegebenenfalls auch nach OR 754¹⁷³.

Kommt ein Veräusserer zu Verlust, weil der Erwerber ungerechtfertigterweise nicht im Aktienbuch eingetragen wurde und weil er infolgedessen die Restliberierungspflicht erfüllen musste, und findet er alsdann beim Erwerber keine Befriedigung, so kann er sich nicht nur an das fehlbare Organ, sondern auch an die Gesellschaft selber halten. Entgegen Pestalozzi-Henggeler¹⁷⁴ bedeutet die Leistung von Schadenersatz durch die Gesellschaft in solchen Fällen keine unerlaubte Kapitalrückzahlung, da die Gesellschaft nicht schlechter steht, als sie im ungünstigsten Fall¹⁷⁵ stünde, hätte sie den Erwerber pflichtgemäss eingetragen.

Auch der Erwerber kann zu Schaden kommen, wenn er nicht oder nicht rechtzeitig eingetragen wird. Werden Dividenden oder andere vermögenswerte Leistungen an den Buchaktionär erbracht¹⁷⁶, so kann der Erwerber gegen den Buchaktionär aus ungerechtfertigter Bereicherung, gegebenenfalls auch aus dem Veräusserungsvertrag klagen und, wenn er von diesem nicht vollständige Befriedigung erhält gegen die Gesellschaft und das zuständige Organ Verantwortlichkeitsansprüche¹⁷⁷ geltend machen. Vorzuziehen ist m.E. jedoch die Ansicht, dass die Gesellschaft in allen Fällen, wo sie die Eintragung unrechtmässig verweigert, gar nicht mit befreiender Wirkung an den Buchaktionär leisten kann¹⁷⁸.

Wird der Erwerber dadurch geschädigt, dass er infolge der ungerechtfertigten Verweigerung der Eintragung nicht an einem Generalversammlungsbeschluss mit-

171 Vgl. vorn § 9 Anm. 40.

172 Pestalozzi-Henggeler 52; Hagmann 71.

173 Pestalozzi-Henggeler 52. Entgegen Pestalozzi-Henggeler a.a.O. kann jedoch OR 55 nie in Betracht kommen, da die Verweigerung der Eintragung durch das zuständige Organ stets Organhandlung ist, während die Handlungsweise unzuständiger Personen bedeutungslos bleibt.

174 S. 52.

175 Durch das Kaduzierungsverfahren kann die Gesellschaft den Schaden in der Regel erheblich vermindern und durch ein Sicherstellungsbegehren nach OR 686 III praktisch ausschliessen.

176 Pestalozzi-Henggeler 52.

177 Pestalozzi-Henggeler 52 f.

178 Vgl. dazu über die Wirkung der Eintragung hinten §§ 15 ff.

wirken und ihn auch nicht anfechten¹⁷⁹ kann, so bleiben ihm nur Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Gesellschaft und das zuständige Organ¹⁸⁰ sowie – wenn der Veräusserer die Eintragung hintertrieben hat – allenfalls Ansprüche gegen diesen aus dem Erwerbsgeschäft oder aus unerlaubter Handlung. Allerdings muss man sich vor Augen halten, dass in den zuletzt genannten Fällen der Beweis des Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs regelmässig schwierig zu führen sein wird.

179 Die Anfechtung muss m.E. zulässig sein, wenn der Erwerber die Übertragung der Aktien und den Anspruch auf Eintragung belegen kann; vgl. dazu auch Widmer 40.

180 Pestalozzi-Henggeler 53.

§ 13 Inhalt und Modalitäten der Eintragung

I. Inhalt

1. Mindestinhalt

Der Mindestinhalt des Aktienbucheintrages besteht in Namen und Wohnort der Namenaktionäre sowie dem Umfang ihrer Kapitalbeteiligung¹. Im übrigen sei auf die Ausführungen beim Begriff des Aktienbuches verwiesen².

2. Zusätzlicher Inhalt

Es steht der Gesellschaft frei, beliebige³ weitere Angaben über die Aktionäre und ihre Beteiligung ins Aktienbuch aufzunehmen. Im Vordergrund stehen namentlich die genaue Adresse und der Beruf sowie allfällige weitere Individualisierungsmerkmale⁴, welche Daten dazu dienen, die Person des Aktionärs möglichst klar zu beschreiben und aus dem Aktienbuch ein wirkungsvolles Arbeitsinstrument für die Gesellschaft zu machen⁵.

Sodann sind vielfach nützlich:

- das Datum des Erwerbes bzw. der Zeichnung⁶,
- das Datum der Eintragung⁷,
- die Höhe der Liberierung⁸, besonders wenn nicht auf allen Aktien der gleiche Betrag einbezahlt ist oder sich infolge langer Liberierungsfristen vorübergehend Ungleichheiten ergeben,
- der Erwerbsgrund⁹.

1 Vgl. nebst den vorn in § 2 Anm. 10 f. zit. Autoren namentlich Forstmoser/Meier-Hayoz, § 38 N 11, die ebenfalls betonen, dass das Gesetz keine weiteren Anforderungen stellt.

2 Vgl. vorn § 2 bei Anm. 12 ff.

3 Allenfalls könnte eine künftige Datenschutzgesetzgebung hier Schranken setzen.

4 Z.B. "jun."

5 Winkler 13; Reich 24; insoweit ist auch den folgenden Autoren zuzustimmen: Pestalozzi-Henggeler 44; Bürgi, OR 685 N 5; Funk, OR 685 f. N 1; Schucany, OR 685 N 1; Forrer 239; SAG 28 (1955/56) 73.

6 F. von Steiger 28.

7 Bürgi, OR 685 N 6; Funk, OR 685 f. N 1; SAG 28 (1955/56) 73.

8 F. von Steiger 28; Funk, OR 685 f. N 1; Mercier 168.

9 F. von Steiger 28; Funk, OR 685 f. N 1.

Ferner können eingetragen werden:

- Kaduzierungen¹⁰,
- Amortisationen¹¹,
- Veränderungen des Nominalwertes¹²,
- Aktiensplitt und -zusammenlegung¹³,
- Umwandlung von Namen- in Inhaberaktien und umgekehrt¹⁴,
- weitere Umstände, welche die in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechte verändern¹⁵.

Abgesehen vom Eintrag von Kaduzierungen, der m.E. im Gegensatz zur Auffassung der zitierten Literatur obligatorisch ist, weil es um die Registrierung eines Mitgliedschaftswechsels geht, sind die letztgenannten Angaben entbehrlich, da sie auch aus den Statuten ersichtlich sind.

3. Die einzutragenden Personen insbesondere

Es sind die “Eigentümer der Namenaktien”, die Namenaktionäre also, einzutragen¹⁶. Genaugenommen werden indessen die Personen eingetragen, die der Gesellschaft gegenüber als Aktionäre gelten¹⁷.

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass infolge der Unteilbarkeit der Aktie jeweils nur eine Person als Aktionär eingetragen werden könne, und zwar auch dann, wenn die Aktie im gemeinschaftlichen Eigentum mehrerer Personen steht¹⁸. Vorzuziehen ist m.E. die Ansicht, dass alle gemeinschaftlichen Eigentümer einzutragen sind, da OR 685 I die Eintragung der *Eigentümer* verlangt¹⁹. Dies muss insbesondere auch für die Erbengemeinschaft gelten, damit das Gesamthandverhältnis auch seinem personellen Bestande nach zum Ausdruck kommt. OR 690 I steht dem nicht entgegen, weil er die ganz andere Frage nach der *Ausübung* gemeinschaftlichen Eigentums regelt²⁰. Diese Norm bestätigt vielmehr, was sich schon aus

10 Pestalozzi-Henggeler 44; Forrer 239; Winkler 13; Reich 24; SAG 28 (1955/56) 74.

11 Pestalozzi-Henggeler 44; Schulthess 27; Mercier 169.

12 SAG 28 (1955/56) 74; Bürgi, OR 685 N 22; Forrer 239; Winkler 13; Schulthess 27; Reich 24; Mercier 168.

13 Pestalozzi-Henggeler 44; SAG 28 (1955/56) 74; Bürgi, OR 685 N 22; Forrer 239; Winkler 13; Reich 24; Mercier 168.

14 Bürgi, OR 685 N 22; Pestalozzi-Henggeler 44; Forrer 239; Winkler 13; Schulthess 27; SAG 28 (1955/56) 74; Reich 24.

15 Bürgi, OR 685 N 22; Forrer 239.

16 OR 685 I; Bürgi, OR 685 N 10; Pestalozzi-Henggeler 45; Böckli 98, 99; Wieland 54 f.; ders., SJZ 42 (1946) 69 f.; SAG 28 (1955/56) 73; ferner Hagmann 88; Wettstein 71.

17 Bürgi, OR 685 N 14; Forrer 235; implizit auch Pestalozzi-Henggeler 45.

18 F. von Steiger 137; Conne 81.

19 Ebenso Bürgi, OR 685 N 10, OR 690 N 7; Pestalozzi-Henggeler 45; Winkler 5 f.; Schucany, OR 690 N 1; SAG 28 (1955/56) 73.

20 Vgl. Pestalozzi-Henggeler 45; Bürgi, OR 690 N 1.

allgemeinen Regeln ergibt, dass nämlich auch an Aktien gemeinschaftliches Eigentum möglich ist²¹.

Als erste sind diejenigen Personen einzutragen, die bei der Errichtung des Aktienbuches Aktionäre sind²². Allfällige Rechtsvorgänger brauchen nicht eingetragen zu werden, weil die Zeichner auch ohne Aktienbucheintrag für die Liberierung haften, während die Zwischenmänner ohnehin befreit sind²³.

Neben den Aktionären können und sollen auch deren ständige gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter²⁴ pro memoria eingetragen werden²⁵. Der gemeinsame Vertreter einer Personenmehrheit ist vorteilhafterweise vorzumerken, weil er deren Geschäftsführer ist²⁶. Pestalozzi-Henggeler²⁷ weist allerdings mit Recht darauf hin, dass die Eintragung der Eigentümer in Verbindung mit der schriftlichen Vollmacht nach OR 689 III bzw. einer amtlichen Bescheinigung²⁸ bei gesetzlichen Vertretern für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte genügt. Die hier vorgeschlagene Lösung hilft der Gesellschaft indessen, Pannen²⁹ zu vermeiden³⁰. Hingegen kann der Vertreter nie anstelle des Aktionärs im Aktienbuch figurieren, da in OR 685 I ausdrücklich die Eintragung des Eigentümers verlangt wird³¹.

II. Modalitäten

1. Form der Eintragung

Das Gesetz verlangt keine bestimmte Form der Eintragung³². Aus praktischen Gründen ist es in aller Regel die einfache Schriftform³³. Nach Bürgi³⁴ sind Tinte, Tusche und Bleistift als Eintragungsmittel erlaubt. Darüber hinaus sind m.E. auch alle anderen Aufzeichnungsmittel wie Filz- und Kugelschreiber, Farbstifte usw. und insbesondere auch Schreibmaschine zulässig. Entscheidend ist einzig, dass die Ein-

21 Vgl. etwa Bürgi, OR 690 N 2; Funk, OR 690 N 1 f.

22 Pestalozzi-Henggeler 44. Vgl. dazu im übrigen vorn § 5 II. 1.

23 OR 687; Pestalozzi-Henggeler 44 f. Vgl. im übrigen hinten § 17 Anm. 28.

24 Z.B. Vormund, Depotbank.

25 Ebenso Böckli 91.

26 OR 690 I; Bürgi, OR 685 N 10 sowie OR 690 N 7; stillschweigend auf dem Boden dieser Auffassung ZR 39 (1940) 227 Nr. 97.

27 S. 45 f.

28 Diese kann m.E. entfallen, wenn der gesetzliche Vertreter durch eine amtliche Publikation legitimiert ist, wie etwa der Vormund nach ZGB 387 II.

29 Beispielsweise Dividendenzahlungen an das Mündel.

30 Die sachliche Angemessenheit dieser Lösung zeigt sich übrigens gerade in der Schilderung des Verhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Vertreter durch Pestalozzi-Henggeler 46.

31 Ebenso Hagmann 89.

32 Reich 24.

33 Vgl. dazu vorn § 4 Anm. 26.

34 OR 685 N 7.

tragung eindeutig als solche zu erkennen ist³⁵. Infolgedessen steht der Gesellschaft die Wahl der Eintragungsform frei³⁶. Hat sie eine bestimmte Form der Eintragung gewählt und in ständiger Praxis angewendet, so ist ein davon abweichender Vermerk im Zweifel keine Eintragung³⁷. Die Form der Eintragung muss erkennen lassen, dass die Aufzeichnung den Sinn einer Eintragung haben und nicht etwa bloss eine unverbindliche Bemerkung sein soll³⁸. So hat die Praxis eine Bleistiftnotiz in einem Aktienbuch, in dem die Eintragungen sonst mit Tinte erfolgten und unterzeichnet wurden, als rechtlich bedeutungslose Bemerkung qualifiziert und nicht als Eintragung betrachtet, obwohl deren Anforderungen – soweit ersichtlich – an sich erfüllt gewesen wären³⁹.

2. Eintragungsvermerk

Gemäss OR 685 III hat die Verwaltung dem Aktionär die Eintragung im Aktienbuch auf dem Aktientitel zu bescheinigen⁴⁰. Es handelt sich hierbei um eine Ordnungsvorschrift⁴¹, die selbstverständlich nur dann zu beachten ist, wenn die Gesellschaft Aktientitel ausgegeben hat.

Der Eintragungsvermerk dient dem Aktionär als Beweis für die Eintragung⁴². Er verschafft dem Aktionär und seinen Rechtsnachfolgern Gewissheit über die erfolgte Eintragung im Aktienbuch⁴³. Die Bescheinigung liegt sodann auch deshalb im Interesse der Rechtsnachfolger des Aktionärs, weil sie auf diese Weise erfahren, an wen sie sich zu halten haben, wenn die Gesellschaft an den Buchaktionär leistet⁴⁴.

Die Wirkung der Eintragung im Aktienbuch ist vom Vermerk auf dem Titel unabhängig⁴⁵. Insbesondere vermag die Bescheinigung auf dem Titel den fehlenden

35 BGE 69 II 315 f.

36 Pestalozzi-Henggeler 44.

37 BGE 69 II 315 f.; Pestalozzi-Henggeler 44; Reich 24.

38 BGE 69 II 315; F. von Steiger 147; Bürgi, OR 685 N 7; Pestalozzi-Henggeler 44; Schucany, OR 685 N 2; Funk, OR 685 f. N 1; Forrer 239; Reich 24.

39 BGE 69 II 315 f.; Bürgi, OR 685 N 7.

40 Bürgi, OR 685 N 29; Stechel 6; Winkler 30; Trüeb 16.

41 Bürgi, OR 685 N 29; Pestalozzi-Henggeler 60; Forrer 239; Stechel 11; Ribi 255. Funk, OR 685 f. N 1 hält den Eintragungsvermerk bloss für wünschenswert, was jedoch kaum im Einklang mit dem Gesetz ist.

42 Pestalozzi-Henggeler 60; Funk, OR 685 f. N 3; Wettstein 75; SAG 28 (1955/56) 74.

43 Bürgi, OR 685 N 29; Pestalozzi-Henggeler 60; Forrer 239; Stechel 11; Ribi 255. Funk, OR 685 f. N 1 hält den Eintragungsvermerk bloss für wünschenswert, was jedoch kaum im Einklang mit dem Gesetz ist.

44 Pestalozzi-Henggeler 59 f.; Stechel 11. Zu beachten ist allerdings, dass dies nur zutrifft, wenn und soweit die Gesellschaft mit befreiender Wirkung an den Buchaktionär leisten kann; vgl. vorn § 12 Anm. 178.

45 Pestalozzi-Henggeler 59; Funk, OR 685 f. N 3; Stechel 11; Ribi 255; Mercier 149 f., der deswegen sogar die Nützlichkeit des Eintragungsvermerks bezweifelt. Unpräzis Bürgi, OR 685 N 29, wonach die Gültigkeit der Übertragung vom Eintragungsvermerk unabhängig ist, was niemand bezweifelt.

Eintrag nicht zu ersetzen⁴⁶. Hingegen kann der Vermerk u.U. eine Bestätigung dafür sein, dass eine umstrittene Eintragung im Aktienbuch tatsächlich als solche gewollt war⁴⁷.

Da der Aktientitel bei der Legitimationsprüfung anlässlich der Anmeldung der Aktienübertragung ohnehin vorgelegt werden muss⁴⁸, verursacht die Vornahme der Bescheinigung keine praktischen Schwierigkeiten oder Umtriebe⁴⁹. Wird das Aktienbuch ausnahmsweise nicht von der Verwaltung geführt⁵⁰, so kann die Bescheinigung wahlweise entweder vom zuständigen Organ oder von der Verwaltung vorgenommen werden. Aus praktischen Gründen wird die erstgenannte Lösung, an die man bei der Redaktion von OR 685 III offensichtlich nicht gedacht hat, im Vordergrund stehen.

Die Unterlassung der Bescheinigung macht die Verwaltung oder das an ihrer Stelle zuständige Organ zivilrechtlich verantwortlich⁵¹. Falls Drittpersonen betroffen sind, kommt auch eine Haftung der Gesellschaft in Frage⁵². Allerdings wird die Haftung in allen genannten Fällen nur aktuell, wenn – was nicht ohne weiteres eintritt – tatsächlich ein Schaden entsteht.

3. Kosten der Eintragung

Die Eintragung im Aktienbuch verursacht je nach Grösse der Gesellschaft und Häufigkeit des Aktionärswechsels Umtriebe und damit verbundene Unkosten, die bei kleineren Gesellschaften sehr gering sind, hingegen bei kotierten Gesellschaften ins Gewicht fallen können. In der Literatur wird vermerkt, dass die Gesellschaften zuweilen statutarisch eine “Handänderungsgebühr”⁵³ oder “Gebühr”⁵⁴ zur Dekkung dieser Kosten vorsehen.

Ob eine solche Statutenbestimmung vor dem Gesetz standhält, ist zweifelhaft⁵⁵. OR 680 I schliesst jede Leistungspflicht des Aktionärs aus, die über die Liberierungsverpflichtung hinausgeht⁵⁶. Da nach wohl herrschender Auffassung jede Geldleistungspflicht, die auf mitgliedschaftlicher Grundlage beruht, zu den verbotenen

46 Pestalozzi-Henggeler 59; Stechel 11.

47 Pestalozzi-Henggeler 59.

48 Vgl. dazu vorn § 10 Anm. 8.

49 F. von Steiger 158.

50 Vgl. dazu vorn § 5 bei Anm. 42.

51 OR 754; Bürgi, OR 685 N 29; Ribl 255; ebenso, aber widersprüchlich Pestalozzi-Henggeler 60 und Stechel 11, die gleichzeitig auch behaupten, die Unterlassung der Bescheinigung zeitige keine Rechtsfolgen; unrichtig ferner Forrer 239.

52 ZGB 55 II bzw. OR 718 III.

53 F. von Steiger 159.

54 Bürgi, OR 685 N 24; Haefliger 44.

55 Um eine Gebühr im juristischen Sinne handelt es sich ohnehin nicht.

56 Vgl. statt vieler Bürgi zu OR 680.

Nachschuss- oder Zuzahlungspflichten zählt⁵⁷, muss dies konsequenterweise auch für die Eintragungskosten gelten. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Statutenbestimmung spricht ferner, dass der Erwerber einer Namenaktie, der die materiellen Voraussetzungen erfüllt, Anspruch auf Eintragung hat⁵⁸.

Auf alle Fälle ist es m.E. unbefriedigend, wenn eine derartige Kostenbeteiligung des eintragungswilligen Aktionärs grundsätzlich für unzulässig gehalten, aber im Hinblick auf die Geringfügigkeit des Betrages im Einzelfall dann doch gebilligt wird⁵⁹. Es erscheint vielmehr als angebracht, die Kosten der Aktienbuchführung zu den allgemeinen Geschäftsunkosten zu rechnen. Sie sind daher von der Gesellschaft zu tragen.

57 Bürgi, OR 680 N 10 mit Hinweisen.

58 Vgl. dazu § 12. Dass die Gesellschaft imstande sein soll, die Bezahlung der Umschreibungskosten zur Voraussetzung der Eintragung zu machen, wird kaum jemand im Ernst vertreten wollen.

59 So aber Haefliger 44.

§ 14 Berichtigung der Eintragung

I. Übersicht

Lässt sich der Erwerber von Aktien im vorstehend beschriebenen Anmeldeverfahren¹ ins Aktienbuch eintragen, so führt das ohne weiteres zur Löschung der bisher eingetragenen Person². Davon soll hier nicht die Rede sein. Vielmehr ist zu klären, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange die Eintragung im Aktienbuch einseitig – d.h. ohne die Anmeldung eines Rechtsnachfolgers – geändert werden darf. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der blossen Löschung einer Eintragung (nachstehend II.) und der Ersetzung des Buchaktionärs durch eine andere Person, namentlich durch den vorhergehenden Buchaktionär³ (nachstehend III.).

II. Blosser Löschung einer Eintragung

1. Löschung aus eigener Initiative der Gesellschaft

a) Es fragt sich, ob die Gesellschaft eigenmächtig einen Aktionär im Aktienbuch streichen darf. Die Frage ist von zunehmender praktischer Bedeutung. Da im Börsengeschäft zwischen dem Eintreffen des Aktienmantels⁴ und dem Eintreffen der Anmeldung des Erwerbers bei der Gesellschaft regelmässig einige Wochen verstreichen, sind nach Auskünften aus Bankkreisen verschiedene Gesellschaften mit kotierten Aktien dazu übergegangen, den bisherigen Aktionär bereits nach dem Eintreffen des Mantels im Aktienbuch zu löschen, seinen Rechtsnachfolger dagegen erst nach Prüfung der Anmeldung einzutragen⁵. Es ist durchaus naheliegend, dass Ähnliches auch bei kleineren Gesellschaften vorkommt. Insbesondere ist es möglich, dass die Gesellschaft sichere Kenntnis von der Veräusserung durch einen Buchaktionär erhält, lange bevor ihr die Anmeldung des Erwerbers oder eines seiner

1 Vgl. vorn §§ 8 ff.

2 Vgl. auch etwa Winkler 22; Trüb 31.

3 Dieser muss nicht der unmittelbare Rechtsvorgänger sein, da es zwischen diesen beiden Personen eventuell noch weitere Aktionäre gegeben hat, die gar nicht um Eintragung nach-gesucht haben.

4 Die Verkäuferbank sendet den Aktienmantel unmittelbar nach Abschluss des Kaufvertrages an das für die Aktienbuchführung zuständige Organ der betreffenden Gesellschaft, während der Couponbogen – soweit (noch) einer ausgegeben ist – an die Käuferbank geschickt wird. Vgl. dazu Reichwein, SAG 33 (1960/61) 15 f.; Lyk, Treuhänder 32; Pfenninger, SAG 38 (1966) 83 f.

5 Als Begründung wird bezeichnenderweise angegeben, man wolle auf diese Art vermeiden, Kunden zu verärgern mit Aktionärsbriefen, Einladungen zur Generalversammlung usw. von Gesellschaften, deren Aktien sie längst veräussert haben.

Rechtsnachfolger vorliegt. Somit stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft in diesen Fällen eigenmächtig die Aktienbucheintragung löschen darf.

b) Die Auffassungen hierüber sind in der Literatur naturgemäss geteilt je nach der Bedeutung, die dem Aktienbucheintrag zugemessen wird⁶. Umstritten ist schon die Frage, ob überhaupt – wie hier vertreten – Buchaktionäre gelöscht werden können, ohne dass ein Rechtsnachfolger eingetragen wird⁷.

Als zulässig, ja sogar als Pflicht muss die einseitige Löschung in den Fällen erachtet werden, in denen Mitgliedschaftsstellen vernichtet oder die Mitgliedschaft entzogen wird, also bei der *Amortisation* von Aktien und bei der *Kaduzierung*⁸.

Nicht ohne weiteres löschen darf die Gesellschaft dann, wenn sich der *Buchaktionär als Strohmann* eintragen liess. Einmal ist ihm die Ausübung einzelner Aktionärsrechte⁹ nicht automatisch verwehrt, und auch der Stimmrechtsausschluss ist u.U. auf einzelne Abstimmungen beschränkt. Die Gesellschaft muss sich daher damit begnügen, den betreffenden Aktionär im Einzelfall von der Stimmabgabe auszuschliessen¹⁰. Die Löschung ist in diesen Fällen nur gerechtfertigt, wenn die Eintragung ausschliesslich zur Umgehung von Stimmrechtsbeschränkungen erfolgte¹¹, weil nur dann das Grundgeschäft nichtig ist und die Eintragung daher gar nicht die wahre Rechtslage wiedergibt¹². Umgekehrt verhält es sich m.E. bei der Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen. Hier darf und soll die Gesellschaft den Strohmann löschen, sobald sie sichere Kenntnis von der Umgehung hat.

Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft sichere Kenntnis¹³ von der *Ungültigkeit des Grundgeschäftes* hat¹⁴. Ist die Übertragung nämlich nichtig oder fällt sie wegen Willensmängeln weg, so kann der Aktienbucheintrag diesen Mangel nicht heilen¹⁵. Da die Aktienübertragung kausal ist¹⁶, spielt es entgegen Pestalozzi-Henggeler¹⁷

6 F. von Steiger, SAG 36 (1964) 61; vgl. dazu im übrigen hinten §§ 15 ff.

7 Dafür Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68 f.; dagegen Krafft 227 f. und – ohne Begründung – Hagmann 69; ablehnend ferner Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 324; im Rahmen einer inzwischen längst aufgegebenen Praxis zur Bedeutung des Aktienbucheintrages in dieser Frage unentschieden BGE 65 II 231 und tendenziell dagegen BGE 69 II 316; generell gegen ein Berichtigungsrecht auch Brenner 163 f.

8 Hagmann 83 f., der sich im übrigen gegen jede weitere Löschungsbefugnis der Gesellschaft ausspricht; a.M. Bürgi, OR 685 N 9 und die hinten in Anm. 27 zit. Autoren, wonach eine Löschung nur im Einverständnis mit dem Eingetragenen oder auf Grund einer richterlichen Anordnung erfolgen dürfe.

9 Etwa die Ausübung eines an den Eintrag gebundenen Dividendenbezugsrechts oder die Teilnahme an der Generalversammlung.

10 Hagmann 83; vgl. auch Moser 87.

11 Namentlich wenn der wirkliche Aktionär ungeachtet der Anzahl seiner Aktien ein statutarisch festgelegtes Maximum an Stimmkraft nicht überschreiten kann.

12 In diesem Umfange ist der zu allgemeinen Formulierung von Moser 87 zuzustimmen.

13 Vgl. dazu sogleich Anm. 22.

14 Wettstein 84.

15 Pestalozzi-Henggeler 72; Winkler 42; sodann vorn § 10 Anm. 33 und § 15 III. hienach; vgl. auch nachstehend Anm. 26 und 46.

16 Vgl. vorn § 10 II. 2.

17 S. 72.

keine Rolle, ob das Verpflichtungs- oder das Verfügungsgeschäft ungültig ist. Die Ungültigkeit des ersten hat stets auch die Ungültigkeit des zweiten zur Folge. Allerdings kann sich die Gesellschaft nicht autonom auf die Ungültigkeit berufen, da deren Geltendmachung namentlich bei Willensmängeln der Disposition der Vertragsparteien unterliegt¹⁸.

Ist im weiteren die *Genehmigung* der Übertragung einer vinkulierten Namenaktie infolge eines Willensmangels der Gesellschaft oder aus anderen Gründen *ungültig*, so darf die Gesellschaft die darauf beruhende Aktienbucheintragung löschen¹⁹.

Ferner darf die Gesellschaft die falsche Eintragung dann annullieren, wenn sie selber bei der Aktienbucheintragung an einem Willensmangel litt, namentlich wenn sie im *Anmeldeverfahren* getäuscht wurde²⁰. Dies gilt schliesslich auch dann, wenn das *Eintragungsverfahren* sonstwie *mangelhaft* war²¹.

In den nachfolgenden Paragraphen 15 ff. wird sich zeigen, dass dem Aktienbuch weder für die Mitgliedschaft noch für die Legitimation des Aktionärs konstitutive Bedeutung zukommt. Etwas vorgehend sei daher darauf hingewiesen, dass es Mitgliedschaft ohne Eintragung und Eintragung ohne Mitgliedschaft geben kann.

Generell kann man formulieren: Hat die Gesellschaft sichere Kenntnis²² davon, dass ein eingetragener Aktionär nur (noch) Buchaktionär ist, also die Aktien auf Dritte übergegangen oder infolge mangelhafter Kausa beim alten Aktionär verblieben sind, so darf sie ihn – um Missbräuchen der formellen Legitimation vorzubeugen²³ – im Aktienbuch löschen²⁴. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Buchaktionär den Titel auf Verlangen weder vorweisen kann noch seinen Verlust behauptet²⁵. Weil die Eintragung im Aktienbuch die materielle Rechtslage nicht zu verändern vermag²⁶, darf die Gesellschaft m.E. einen als ungerechtfertigt erkannten

18 Vgl. hinten bei Anm. 37.

19 Wettstein 84; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 61.

20 Winkler 42; Wettstein 84; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 62; Oser/Schönenberger, OR 31 N 16.

21 Winkler 42; Mercier 147.

22 Aus eigener Beteiligung am Übertragungsgeschäft, aus Urteil, aus übereinstimmender Erklärung der Parteien oder wenigstens des Buchaktionärs usw. Sichere Kenntnis wird auch vorausgesetzt von Pestalozzi-Henggeler 57.

23 Ein solcher liegt etwa vor, wenn der Buchaktionär im Interesse seines Rechtsnachfolgers die Mitgliedschaftsrechte ausübt, weil dieser den Vinkulierungsbestimmungen nicht genügt und daher die Eintragung gar nicht erlangen kann, vgl. dazu hinten § 19 Anm. 21. Aus diesem Grunde ist die Argumentation für die Stimmrechtsbefugnis des Buchaktionärs von Krafft 227 nicht stichhaltig.

24 A.M. Böckli 106. – Zur Streitfrage nach den Rechten des blossen Buchaktionärs siehe hinten § 19, wo dargelegt wird, weswegen der bloss Buchaktionär keinerlei Rechte mehr ausüben darf; vgl. insbes. § 19 bei Anm. 71.

25 Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68 f.; Fromer, ZSR 80 (1961) I 141 f. mit weiteren Hinweisen; a.M. Krafft 222. Die von Krafft a.a.O. Anm. 56 aufgeworfene Frage, wer denn nach der Löschung die fälligen Forderungsrechte ausüben könne, beantwortet sich wie folgt: Werden Aktientitel auf Dritte übertragen, so gehen selbst bei vinkulierten Namenaktien stets wenigstens die Forderungsrechte im Sinne einer *cessio pro futuro* an den Erwerber über (vgl. dazu BGE 90 II 240 E 2b; 69 II 290 ff.; Jäggi, SAG 33 [1960/61] 66 f.).

26 Vgl. etwa BGE 87 II 256 ff.; Bürgi, OR 685 N 9; Haefliger 45; Beeler 209 f.; Winkler 42; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 60; Mercier 147.

Eintrag generell löschen²⁷. Dies gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass die Aktien vollständig liberiert sind²⁸.

Die Gesellschaft kann daher einen eingetragenen Aktionär allemal von der Ausübung der Mitgliedschaft ausschliessen, wenn sie davon überzeugt ist, dass der Aktienbucheintrag nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, und an seiner Stelle einen Nichteingetragenen zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zulassen, wenn er sich als Aktionär erweist²⁹. Allerdings trägt die Gesellschaft die Gefahr und haftet für allfälligen Schaden, wenn sie sich geirrt hat³⁰. Eine leichtsinnige Löschung kann die Gesellschaft und das zuständige Organ dem ungerechtfertigt Gelöschten gegenüber zivilrechtlich verantwortlich machen³¹. Allerdings ist nicht ganz ersichtlich, warum der Aktionär schwer geschädigt werden kann³², wenn er ungerechtfertigt im Aktienbuch gelöscht wird. Falls er nämlich wirklich berechtigt ist, kann er sich ohne weiteres von neuem legitimieren und die Wiedereintragung im Aktienbuch erlangen. Sollte ihm darüber hinaus ein Schaden entstanden sein, so haften ihm die Gesellschaft und das zuständige Organ, wenn die Löschung ungerechtfertigt war. Ist er dagegen in Tat und Wahrheit gar nicht berechtigt, so erfolgt seine Löschung mit gutem Grund. Ob der Eingetragene zu Recht im Aktienbuch figuriert, entscheidet sich dabei nicht nach den Umständen bei der Anmeldung, sondern nach der Situation im Zeitpunkt der Löschung, denn ein allfälliger Mangel kann inzwischen geheilt sein³³.

Zwar darf die Gesellschaft an den durch den Eintrag Legitimierten auch dann leisten, wenn sie an seiner Berechtigung zweifelt, denn sie darf die eingetragene Person als berechtigt erachten, wenn sie es auch nicht muss³⁴. Hat sie jedoch sichere Kenntnis³⁵ von der fehlenden Berechtigung des Buchaktionärs oder wird ihr die Ungültigkeit der Übertragung nachgewiesen, dann kann sie m.E. nicht mit

27 Ebenso Widmer 40; Solcà 17. Nach Haefliger 40 können die Eintragungen deswegen von der Gesellschaft beliebig geändert werden. Namentlich soll ein entkrafteter Bucheintrag gelöscht werden. - Nach anderer Auffassung darf die Eintragung nur mit dem Einverständnis des Eingetragenen oder auf richterliche Anordnung hin geändert werden: Bürgi, OR 685 N 9; Bockli 106; Ribl 263; Forrer 243; Wieland 30 f.; Hagmann 83 f.; ferner Mercier 128.

28 Conne 118 f. Zur Frage der unvollständigen Liberierung vgl. im übrigen hinten Anm. 48.

29 BGE 90 II 174; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 58 f.; Widmer 40; Winkler 42; Haefliger 44.

30 BGE 90 II 174 f.; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 58 f.; Haefliger 44; Solcà 17. Vgl. auch hinten Anm. 50.

31 Widmer 38; Wieland 20.

32 Wie Pestalozzi-Henggeler 57 annimmt. Kritisch zu diesem Argument auch F. von Steiger, SAG 36 (1964) 60.

33 Pestalozzi-Henggeler 57.

34 OR 685 IV; vgl. etwa Bürgi, OR 685 N 9; Wieland 13; W. von Steiger, OR 791 N 26; F. von Steiger, SAG 36 (1964) 58; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 177; a.M. Pestalozzi-Henggeler 57, wonach die Gesellschaft an die eingetragene Person nicht nur leisten darf, sondern auch muss. Vgl. auch vorn § 3 Anm. 10 und § 6 Anm. 21 sowie hinten § 16 Anm. 38.

35 Vgl. vorn Anm. 22.

befreiender Wirkung an ihn leisten^{35a}, da dann die Legitimationswirkung des Aktienbuches zerstört ist³⁶.

Gewiss haben die Parteien des Übertragungsgeschäftes untereinander auszumachen, ob das Geschäft gültig ist oder nicht³⁷. Es gibt daher keine Anfechtung der Übertragung bei der Gesellschaft³⁸. Indessen ist es diskutabel, ob sich die Gesellschaft darum nicht zu kümmern braucht, wenn sie über den Streit orientiert ist. Sicherlich hat sie sich an die vorläufigen Anordnungen des Richters zu halten. Es fragt sich aber weiter, ob sie – wenn die Rechtslage unklar ist – die finanziellen Leistungen nicht nach OR 96 hinterlegen und jedem der Ansprecher die Ausübung der Mitverwaltungsrechte verweigern muss. Das Problem ist m.E. folgendermassen zu lösen: Die sichere Kenntnis³⁹ vom Rechtsstreit zerstört die Legitimationswirkung des Aktienbuches⁴⁰. Hingegen darf die Gesellschaft an der Eintragung nichts ändern, solange der Streit nicht rechtskräftig entschieden ist⁴¹. Während des Streites darf und muss sie jeweils denjenigen anerkennen und zur Ausübung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte zulassen⁴², der sich durch den Titel legitimiert⁴³. Mit anderen Worten ist das Aktienbuch für die Dauer des Rechtsstreites als Legitimationsmittel⁴⁴ ausgeschaltet, und der Ansprecher muss sich bei jeder Rechtsausübung mit dem Titel legitimieren.

Im übrigen ist noch folgendes anzumerken: Da der Eintrag im Aktienbuch keinerlei Mängel der Übertragung⁴⁵ heilt⁴⁶, muss die Gesellschaft *unbekümmert um die Aktienbucheintragung* die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte dann verweigern, wenn die Legitimationswirkung des Aktienbucheintrages zerstört ist⁴⁷. Dies ist besonders bei unvollständig liberierten Aktien wichtig, weil hier die Gesell-

35a Vgl. vorn § 12 Anm. 178 und § 13 Anm. 44.

36 Vgl. hinten Anm. 40 und Mercier 147; a.M. Pestalozzi-Henggeler 57, 72; Winkler 43 mit der allerdings nicht stichhaltigen Argumentation, der Aktienbucheintrag liege primär im Interesse des Aktionärs (vgl. hiezu vorn § 3 Anm. 2).

37 So kann sich die Gesellschaft nicht eigenmächtig auf Willensmängel einer Vertragspartei berufen, denn dies steht ausschliesslich im Belieben der betreffenden Partei. Insofern ist Pestalozzi-Henggeler 72 zuzustimmen. Vgl. auch vorn bei Anm. 18.

38 Pestalozzi-Henggeler 72.

39 Vgl. vorn Anm. 22.

40 Ebenso Böckli 106, weil das Gegenteil bloss dem unberechtigterweise Eingetragenen nützen würde, wenigstens bis ein rechtskräftiges Urteil gegen ihn vorliegt; a.M. Pestalozzi-Henggeler 72.

41 Ebenso Pestalozzi-Henggeler 72. Die Eintragung einer anderen Person ist ausgeschlossen, weil die Gesellschaft ohne Anmeldung nicht eintragen kann, vgl. vorn § 9 Anm. 62.

42 Wenn und soweit keine anderslautenden vorsorglichen Anordnungen des Richters bestehen.

43 Dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Vinkulierung. In diesem Fall muss sie die Ausübung der Mitverwaltungsrechte natürlich nur dann dulden, wenn der Ansprecher nebst der Legitimation aus dem Titel auch noch über ihre Genehmigung verfügt.

44 Nicht unbedingt aber bezüglich seiner übrigen Funktionen, vgl. vorn § 3 II.

45 M.E. ist bei vinkulierten Namenaktien insofern eine Ausnahme möglich, als die Eintragung eine konkludente Übertragungsgenehmigung beinhalten kann, vgl. vorn § 12 Anm. 28 und hinten § 15 Anm. 11.

46 Vgl. F. von Steiger 159 und vorn Anm. 26.

47 Stechel 10.

schaft den Buchaktionär nur löschen darf, wenn sich eine andere Person zur Eintragung anmeldet, ansonsten sie sich u.U. um den Liberierungsschuldner bringt⁴⁸.

Wird der Gesellschaft bewiesen, dass das Aktienbuch nicht (mehr) die materielle Rechtslage wiedergibt, so ist – wie schon mehrfach bemerkt – die Legitimationswirkung des Eintrages aufgehoben. Weder der Eingetragene noch die Gesellschaft können sich danach mit Erfolg auf den Eintrag berufen⁴⁹. Die Gesellschaft kann jederzeit die Legitimationswirkung des Aktienbuches ausser acht lassen und sogar die materielle Berechtigung eines durch die Aktienurkunde formell legitimierten Ansprechers bestreiten. Sie tut dies allerdings auf eigenes Risiko⁵⁰. Da die Gesellschaft also nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, die Legitimationswirkung des Aktienbuches zu beanspruchen, braucht sie sich – entgegen Conne⁵¹ – nie etwa darauf zu berufen, die Eintragung sei durch eine unzuständige Person vorgenommen worden, wenn sie die materielle Berechtigung des Buchaktionärs bestreiten will⁵². Umgekehrt kann der wirkliche Aktionär gegenüber einer ungerechtfertigten Eintragung eines Dritten, die auf Grund einer mangelhaften Anmeldung oder einer mangelhaften Prüfung erfolgt ist, stets sein Recht geltend machen, was ihm mit Hilfe des Aktientitels in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten sollte⁵³.

Von alledem scharf zu unterscheiden ist der Umstand, dass ein Aktionär, der bei seiner Eintragung im Aktienbuch den Vinkulierungsvorschriften der Gesellschaft voll entsprochen hat, im Laufe der Zeit in Widerspruch zu diesen Vinkulierungsbestimmungen gerät. Der Grund hierfür kann bei der Gesellschaft wie beim Aktionär liegen. Die Gesellschaft kann ihre Vinkulierungsvorschriften verändern, namentlich verschärfen, mit der Folge, dass nicht mehr alle Aktionäre diesen neuen Anforderungen genügen. Es können sich aber auch beim Aktionär die Verhältnisse ändern⁵⁴. In beiden Fällen ist es der Gesellschaft verwehrt, hieraus Konsequenzen zu ziehen. Sie darf diese Aktionäre weder ausschliessen noch in der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten suspendieren⁵⁵. Immerhin ist es denkbar, dass solche Aktionäre auf Grund von Aktionärbindungsverträgen zur Verausserung ihrer Aktien verpflichtet sind⁵⁶. Damit ist auch für die hier untersuchten Fragen klargestellt, dass eine einseitige Löschung solcher Aktionäre nicht in Frage kommen kann und zweifellos ungerechtfertigt wäre.

48 OR 687; Conne 117 f.; vgl. hinten § 17.

49 Böckli 107, 109; Stechel 11; Ribl 263; Beeler 207; ferner Bürgi, OR 685 N 9; Wieland 31; teilweise anders Hagmann 81, 84; a.M. Forrer 243; Moser 86; Mercier 147. Vgl. ausserdem vorn Anm. 44.

50 BGE 90 II 174 f.; Böckli 107 f.; Solcà 17; vgl. auch Winkler 42, Wieland 31 f. und vorn nach Anm. 32 sowie § 10 Anm. 124.

51 S. 117.

52 Es kann daher offenbleiben, ob dieses Argument überhaupt standhält, wenn der Eingetragene weder wusste noch wissen musste, dass der Eintragende zur Vornahme des Eintrages gar nicht befugt war.

53 Conne 118.

54 Beispielsweise Wechsel der Nationalität oder Berufswechsel.

55 Vgl. namentlich Bürgi, OR 686 N 13; Siegwart, OR 622 N 10; Pestalozzi-Henggeler 104 f.; Fromer, ZSR 80 (1961) I 154.

56 Vgl. Bürgi, OR 686 N 13 mit weiteren Hinweisen sowie Fromer, ZSR 80 (1961) I 154.

c) Wird ein Buchaktionär von der Gesellschaft einseitig gelöscht, so lebt der frühere Eintrag nicht ohne weiteres wieder auf⁵⁷. Zum einen hat der bisherige Aktionär seine Aktien veräußert und damit kundgetan, dass er nicht länger Aktionär sein will. Die Gesellschaft hat daher grundsätzlich keinen Anlass, ihn wieder einzutragen⁵⁸. Zum anderen darf sie den Rechtsvorgänger ohne Anmeldung gar nicht eintragen⁵⁹. Schliesslich hat die Gesellschaft auch gar keinen Anspruch darauf, dass ein Aktionär seine Mitgliedschaftsrechte ausübt und sich hierfür eintragen lässt⁶⁰. Die Mitgliedschaftsstelle des gelöschten Buchaktionärs bleibt daher grundsätzlich⁶¹ unbesetzt.

Entgegen einer vereinzelt geäußerten Ansicht⁶² ist der von der Gesellschaft einseitig gelöschte Buchaktionär nicht zu benachrichtigen, da der Aktienbucheintrag für die materielle Rechtslage nicht entscheidend ist⁶³.

d) Die eingangs gestellten Fragen sind demgemäss wie folgt zu beantworten: Bei sicherer Kenntnis von der Veräußerung⁶⁴ darf die Gesellschaft den blossen Buchaktionär einseitig löschen, wenn die Titel vollständig liberiert sind. Dies gilt auch dann, wenn die betreffende Mitgliedschaftsstelle im Aktienbuch für eine ungewisse Zeit unbesetzt bleibt.

2. Löschung auf Begehren des Buchaktionärs

Ein Aktionär, der auf Titel und Mitgliedschaft verzichtet, sie gleichsam derelinquiert⁶⁵, oder ihre Veräußerung nachweist, kann von der Gesellschaft die Löschung im Aktienbuch verlangen⁶⁶. Eine Ausnahme hievon besteht nur dann, wenn die betreffenden Titel noch nicht voll liberiert sind⁶⁷.

57 F. von Steiger, SAG 36 (1964) 63 f.

58 F. von Steiger, SAG 36 (1964) 64; Widmer 40.

59 Vgl. vorn § 9 Anm. 62.

60 Reichwein, SAG 33 (1960/61) 15.

61 Über die Ausnahmen vgl. hinten Anm. 79.

62 F. von Steiger, SAG 36 (1964) 62, ferner 61.

63 Vgl. vorn Anm. 26, hinten Anm. 68 und vor allem § 15 III.

64 Sie ist namentlich gegeben, sobald im Börsengeschäft der Aktienmantel mit einem Veräußerungsvermerk von der Verkäuferbank an den Aktienbuchführer gelangt ist.

65 Für diese Möglichkeit auch Bürgi, Überlegungen 213; Jäggi, OR 967 N 153; Baldi 84; dagegen äussert sich Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 324.

66 Bürgi, Überlegungen 213; Fromer, ZSR 80 (1961) I 141 f.; vgl. auch Reichwein, SAG 33 (1960/61) 14 f.; a.M. Krafft 121, 222 f. und 227 f., wonach die Gesellschaft ein – allerdings nicht näher beschriebenes – Interesse daran habe, dass für jede Aktie stets ein zuständiges Rechtssubjekt eingetragen sei, weswegen eine Löschung nur durch die Eintragung eines Rechtsnachfolgers möglich sein soll.

67 Vgl. dazu Bürgi, Überlegungen 213. In diesem beschränkten Umfange kann Krafft 228 zugestimmt werden.

Es ist ausgeschlossen, dass die Gesellschaft durch eigenmächtige Änderungen des Aktienbucheintrages ihre Rechtsstellung verbessern⁶⁸, namentlich einen solventeren Liberierungsschuldner bestimmen kann. Der Buchaktionär kann daher einwenden, er sei ohne oder wider seinen Willen eingetragen worden⁶⁹. Diese Einwendung bleibt aber wirkungslos, wenn die Aktien noch nicht vollständig liberiert sind und der Veräusserer die Anmeldung gestützt auf eine mangelhafte Kausa vornahm⁷⁰. Umgekehrt kann sich der in einem ordnungsgemässen Anmeldeverfahren eingetragene Buchaktionär nicht plötzlich auf die Ungültigkeit der Übertragung berufen, um sich so der Liberierungspflicht zu entziehen⁷¹.

Die Streichung eines Nichtaktionärs kann notfalls gerichtlich erzwungen werden⁷².

3. Löschung auf Begehren Dritter

Eine Löschung auf Begehren Dritter ist m.E. ausgeschlossen, da weder die Notwendigkeit noch legitime Interessen hierfür ersichtlich sind. Insbesondere kann der abgewiesene Erwerber vinkulierter Namenaktien nicht verlangen, dass der bisherige Aktionär gestrichen wird. Allerdings kann dieser Umstand die Gesellschaft zur Löschung des Buchaktionärs in eigener Verantwortung gemäss Ziff. 1 hiervon veranlassen.

III. Korrektur der Eintragung

1. Korrektur auf eigene Initiative der Gesellschaft

Allgemein ist anerkannt, dass der Aktienbuchführer eigentliche Schreibfehler⁷³ ohne weiteres selbständig berichtigen darf⁷⁴.

Eigenmächtige Eintragungen durch die Gesellschaft sind ausgeschlossen, da es in diesen Fällen stets an der nötigen Anmeldung⁷⁵ fehlt⁷⁶. Eine Ausnahme hiervon ist

68 BGE 90 II 173; ebenso Wieland 33; Wettstein 83.

69 Winkler 41.

70 Vgl. vorn § 10 Anm. 13, 44 und 57 sowie § 9 bei Anm. 37.

71 Winkler 40 f.

72 Stadlin, SAG 17 (1944/45) 186 mit – allerdings unbehelflicher – Berufung auf BGE 65 II 231.

73 Also z.B. "Hans Meier" statt "Hans Meyer".

74 Burgi, OR 685 N 9; Böckli 106; Hagmann 82 f.; Wieland 31; Stechel 9; Schulthess 31.

75 Vgl. dazu vorn § 9 Anm. 62.

76 BGE 90 II 173; Hagmann 82; Wettstein 83; Böckli 106; Stechel 9 f.; Moser 83; Wieland 31; Winkler 22 f.; noch unentschieden BGE 65 II 231.

zu machen, wenn die Gesellschaft als Partei des Übertragungsgeschäftes selber zur Anmeldung legitimiert ist⁷⁷.

2. Korrektur auf Begehren des Buchaktionärs

Ist die Übertragung einer Aktie infolge mangelhafter Kausa ungültig, so kann der Buchaktionär von der Gesellschaft verlangen, dass sie ihn im Aktienbuch löscht. Die Gesellschaft kann⁷⁸ dann den früheren Aktienbucheintrag wieder aufleben lassen, und zwar insbesondere dann, wenn die Aktie noch nicht vollständig liberiert ist⁷⁹. Der wirkliche Aktionär hat Anspruch auf Rückgabe des Titels, und der vermeintliche Aktionär kann von ihm dessen Rücknahme und die Wiedereintragung im Aktienbuch verlangen⁸⁰. Im Verhältnis zur Gesellschaft hat der vermeintliche Aktionär die gleichen Befugnisse wie der Veräusserer⁸¹. Ferner hat der wirkliche Aktionär Anspruch auf Wiedereintragung, wenn und soweit er die Voraussetzungen hiezu erfüllt⁸². Immerhin sei hier noch angemerkt, dass die Vinkulierung keine Probleme bieten sollte, da der vorhergehende Buchaktionär der Gesellschaft mindestens bei seiner erstmaligen Eintragung genehm gewesen sein muss. Die hinfalligen Übertragungsverfügungen auf den Titeln werden durch contrarius actus oder Streichung eliminiert.

Entgegen Pestalozzi-Henggeler⁸³ wirkt die Berichtigung in allen Fällen⁸⁴ ex nunc, weil eine früher angenommene Legitimationswirkung nicht rückgängig gemacht werden kann. Man muss sich mit den nötigen Korrekturen auf Grund des Bereicherungs- und Vindikationsrechts begnügen.

3. Korrektur auf Begehren Dritter

Würde ein (wirklicher) Aktionär deswegen gelöscht, weil die Gesellschaft – aus was für Gründen auch immer – einen Nichtaktionär an seiner Stelle ins Aktienbuch auf-

77 Hagmann 82. Genaugenommen liegt in diesen Fällen allerdings auch keine Eigenmächtigkeit der Gesellschaft vor, so dass man im Grunde eine unechte Ausnahme vor sich hat.

78 Sie muss es nicht unbedingt tun, vgl. vorn Anm. 61.

79 ZR 48 (1949) 228 ff. Nr. 126 mit zahlreichen Hinweisen; Schucany, OR 685 N 4; Pestalozzi-Henggeler 72; teilweise anders Bürgi, OR 685 N 31; a.M. Wettstein 81 ff.; vgl. im übrigen hinten § 17 Anm. 25.

80 Vgl. Wettstein 82 f.

81 Vgl. dazu vorn § 12 Anm. 3 und 159.

82 Ebenso Pestalozzi-Henggeler 72; Winkler 13 f., 19; Reich 26; Mercier 169. Zu den Voraussetzungen des Anspruches vgl. vorn § 12 I. 2.

83 S. 72.

84 Also auch wenn das Eintragungsverfahren mangelhaft war.

nimmt, so kann er die Berichtigung des Aktienbuches verlangen⁸⁵. Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses Anspruches weisen keinerlei Besonderheiten auf⁸⁶.

Weitere Drittpersonen, die ein legitimes Interesse an der Korrektur des Aktienbucheintrages haben könnten, sind nicht ersichtlich.

85 Vgl. Wettstein 83.

86 Vgl. daher vorn § 12.

3. KAPITEL

Bedeutung der Eintragung im Aktienbuch

§ 15 Bedeutung für den Übergang der Mitgliedschaft

I. Problematik

Bei der Inhaberaktie vollzieht sich der Mitgliedschaftswechsel auf einfache Weise. Ein gültiges Veräußerungsgeschäft als Kausa sowie die Tradition des Wertpapiers nebst der Verfügungsbefugnis des Veräußerers oder dem guten Glauben des Erwerbers genügen. Bei der Ordreaktie ist die Situation komplexer, denn neben die erwähnten Erfordernisse tritt das Indossament¹. Bei der Rektaaktie schliesslich braucht es neben der Kausa und der Besitzübertragung am Wertpapier ausserdem die Verfügungsbefugnis des Veräußerers und die Zession². Im folgenden soll geklärt werden, ob dies für den Mitgliedschaftsübergang bei Namenaktien genügt oder ob es überdies der Eintragung im Aktienbuch bedarf.

II. Konstitutive Bedeutung

1. Gewöhnliche Namenaktie

Einige vorab ältere Autoren vertreten den Standpunkt, dass neben dem Veräußerungsgeschäft zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber von gewöhnlichen Namenaktien noch ein zweites Rechtsgeschäft zwischen dem Erwerber und der Gesellschaft für einen Übergang der Mitgliedschaft nötig sei. Es brauchte danach zwischen der Gesellschaft und dem Erwerber eine Willenseinigung über die Annahme des Erwerbers als Gesellschafter und dessen Unterwerfung unter die Statuten samt Übernahme der Gesellschafterpflichten³. Nach dieser Theorie geht man davon aus, dass bei gewöhnlichen Namenaktien diese Willenserklärung der Gesellschaft generell und im voraus abgegeben ist⁴. Die Mitgliedschaft entsteht demnach mit der Anmeldung des Erwerbers zur Eintragung im Aktienbuch⁵. Genau betrachtet ist

1 Vgl. vorn § 10 Anm. 12 und § 12 nach Anm. 7.

2 Vgl. vorn § 10 bei Anm. 43 und § 12 Anm. 8.

3 Carry, *Considérations* 38; Bruderer 52 f.

4 Carry, *Considérations* 39; Bruderer 53.

5 Bruderer 53; Carry, *Considérations* 39 f.

nach dieser Theorie also nicht der Aktienbucheintrag selber entscheidend für den Übergang der Mitgliedschaft, sondern die Anmeldung.

Eine modifizierte Form dieser Theorie vertritt Lanz⁶, der die zustimmende Willenserklärung der Gesellschaft in der Eintragung erblickt. Der Übergang der Mitgliedschaft wird damit durch die Eintragung bewirkt. Sie ist für den Mitgliedschaftswechsel konstitutiv, jedenfalls was die Mitverwaltungsrechte und die Liberierungspflicht betrifft⁷.

Meist jedoch wird von den Vertretern dieser Richtung die Eintragung selber als für den Übergang der Mitgliedschaft massgeblich erklärt, ohne dass darin eine besondere Willenserklärung der Gesellschaft erblickt wird. Wiederum sind es vielfach Autoren von älteren Publikationen, die diese Ansicht vertreten⁸. Auch in vereinzelten Urteilen findet sich diese Auffassung⁹.

2. Vinkulierte Namenaktien insbesondere

Eine ganze Reihe von Autoren unterlässt es, klar zwischen Genehmigung und Eintragung zu unterscheiden. Sie kommen dann praktisch zwangsläufig dazu, der Eintragung konstitutive Bedeutung für den Übergang der Mitgliedschaft beizumessen¹⁰. Zuzugeben ist allerdings, dass die Erkenntnis des Unterschiedes dadurch erschwert wird, dass mit der anstandslosen Eintragung eines Erwerbers oft eine konkludente Genehmigung verbunden ist¹¹.

Die Unterscheidung von Genehmigung und Eintragung^{11a} ist aber unerlässlich, wenn die Analyse übersichtlich bleiben und man die vinkulierte Namenaktie der Vergleichbarkeit wegen unter den gleichen Gesichtspunkten betrachten will wie die gewöhnliche Namenaktie¹². Dabei zeigt sich folgendes: Wenn die Gesellschaft tat-

6 SAG 17 (1944/45) 2 f.; ders., SAG 30 (1957/58) 233 f.

7 Lanz, SAG 17 (1944/45) 3; ders., SAG 30 (1957/58) 233 f.

8 Guhl, SAG 13 (1940/41) 33 f.; Walder 23 f.; Conne 70, 82, 86, 109; Mercier 98, 128, 133; Reich 37 ff., 43, 46; Brenner 163; Thilo, JT 94 (1946) I 34, 35; Wettstein 74, 75, 80; Widmer 22; Spörri 159 f.; Schlatter, SAG 15 (1942/43) 44 und im Anschluss an diesen Autor Bürgi, OR 684 N 18; in diesem Sinne wohl auch Meier-Hayoz 383; ebenso Trüb 30 f., 17 mit der Einschränkung, dass die Eintragung bloss notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für den Übergang der Mitgliedschaft sei.

9 SJZ 44 (1948) 178; SJZ 52 (1956) 329.

10 F. von Steiger, SAG 23 (1950/51) 118; Lanz, SAG 17 (1944/45) 6; ders., SAG 30 (1957/58) 234; ders., SAG 33 (1960/61) 217, 247; Bürgi, OR 686 N 73 und OR 745 N 17; ders., Überlegungen 208, 212; Flattet 158 f.; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 65 f.; SAG 33 (1960/61) 153; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 22; Aschwanden 122 f.; Vogel 78 ff.; Glettig 55; Trüb 46; Wettstein 80; Reich 46, 130 f.; SAG 33 (1960/61) 154; Brenner 163, 164.

11 Guhl/Merz/Kummer 632; Carry, Problèmes 177; Krafft 116; Solcà 18; vgl. auch vorn § 12 Anm. 28 und § 14 Anm. 45.

11a Für diese Unterscheidung nun auch Guhl/Merz/Kummer 632.

12 Zur Genehmigung vgl. sogleich bei Anm. 18.

sächlich den Übergang der Mitgliedschaft – und nicht bloss die Legitimation¹³ – soll beeinflussen können, so geschieht dies bei der Genehmigung der Mitgliedschaftsübertragung, weil man die Vinkulierung als Anwendungsfall von OR 967 III ansehen kann¹⁴. Auch ohne eine ausdrückliche Referenz auf die genannte Bestimmung erachtet eine ganze Anzahl von Autoren die Genehmigung als ausschlaggebend für den Übergang der Mitgliedschaft¹⁵. Vereinzelt wird trotz Unterscheidung zwischen Genehmigung und Eintragung diese als konstitutiv bezeichnet¹⁶.

Indessen hat das Bundesgericht mit überzeugender Begründung entschieden, dass zwischen Genehmigung und Eintragung unterschieden werden muss und dass jedenfalls die Eintragung für den Übergang der Mitgliedschaft nicht entscheidend ist. So hat es zunächst darauf hingewiesen, dass das Gesetz zwar in OR 627 Ziff. 8 vom Verbot und von der Beschränkung der Übertragung von Aktien spricht, während dann in OR 685 f. von der Verweigerung der Eintragung die Rede ist. Nach Auffassung des Bundesgerichtes kann man daraus nicht ableiten, die Gesellschaft könne zwischen zwei Möglichkeiten wählen, die beide den Erwerber von der Mitgliedschaft ausschliessen würden. Es ermangle der inneren Begründung, wenn man annehmen wollte, die Gesellschaft könne entweder die Übertragbarkeit in den Statuten beschränken mit der Folge, dass die Verweigerung die Ungültigkeit des Grundgeschäftes bewirkt, oder die Eintragung formrichtig übertragener Aktien verweigern mit der Folge, dass das Veräusserungsgeschäft unberührt bleibt. Es geht nach Meinung des Bundesgerichts stets um das Verhältnis zwischen Erwerber und Gesellschaft. Der Entscheid über die Genehmigung der Übertragung liegt im Beschluss des zuständigen Gesellschaftsorgans. Die Eintragung im Aktienbuch oder deren Verweigerung haben in der Folge keine selbständige Bedeutung mehr, sondern ist lediglich die Folge der Übertragungsgenehmigung oder -verweigerung. Die Ausdrücke “Übertragung” in OR 627 Ziff. 8 und “Eintragung in das Aktienbuch” in OR 686 bedeuten daher das gleiche¹⁷. Dieser Praxis ist m.E. schon deswegen zuzustimmen, weil sie erlaubt, gewöhnliche und vinkulierte Namenaktien in bezug auf die Eintragung gleich zu behandeln. Die Genehmigung hingegen braucht es nur bei der vinkulierten Namenaktie¹⁸.

13 Für beide Ansichten gibt es gute Argumente; vgl. hinten § 19.

14 Wieland 49 f.; ders., SAG 18 (1945/46) 182; Stechel 16; Schluep, SAG 48 (1976) 128; Sautaux 25; Bloch, SAG 15 (1942/43) 11 ff.; Schlatter, SAG 15 (1942/43) 124 f.

15 Vgl. etwa Pestalozzi-Henggeler 126 ff., 131 f.; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 202 f.; Stechel 17; Bruderer 56; Kummer 117; Patry 151 f.; Wieland 53; ders., SAG 21 (1948/49) 85 f.; ders., SJZ 48 (1952) 19; Forrer 325; Haefliger 46; Carry, Problèmes 170 f., 177 f.; Schucany, ZSR 81 (1962) I 526; Reichwein, SAG 33 (1960/61) 17 f.; Lanz, SAG 18 (1945/46) 100, 102 im Gegensatz zu seiner sonst vertretenen Auffassung (vgl. vorn Anm. 10); ebenso Krafft 245, wobei nach diesem Autor die Statuten statt dessen anordnen können, dass der Aktienbucheintrag konstitutiv wirke.

16 Conne 104 f.; Reich 72 f.

17 BGE 83 II 301 und 90 II 243, je mit Hinweisen sowie vorn § 12 Anm. 14 und 15.

18 Wie hier auch Pestalozzi-Henggeler 67. – Es gibt zwar Autoren, die auch für die gewöhnliche Namenaktie eine Genehmigung der Gesellschaft präsumieren, die jedoch bei der Ausgabe im voraus ein für allemal erteilt sei; vgl. etwa Conne 36 f.; Forrer 241. Der Wert einer solchen Konstruktion ist fragwürdig und sie bleibt jedenfalls ohne praktische Konsequenzen.

III. Deklaratorische Bedeutung

Die vorstehenden Erörterungen führen zwangsläufig dazu, den Eintrag im Aktienbuch als für den Übergang der Mitgliedschaft bedeutungslos oder doch nur deklaratorisch, keinesfalls aber als konstitutiv oder entscheidend zu betrachten. Dies entspricht denn auch der herrschenden Meinung¹⁹. Die Eintragung erscheint danach als Folge und nicht als Ursache des Aktionärswechsels²⁰. Nicht die Eintragung, sondern der rechtsgültige, gegebenenfalls von der Gesellschaft genehmigte Erwerb verschafft die Mitgliedschaft²¹. Die Eintragung bewirkt nicht den Übergang des Eigentums an der Aktie, sondern setzt ihn voraus²². Dies gilt für die gewöhnlichen wie für die vinkulierten Namenaktien, denn die Wirkung des Aktienbucheintrages ist bei beiden Aktienarten die gleiche²³. Insbesondere geht die Mitgliedschaft auch beim Erwerb vinkulierter Namenaktien infolge Erbgangs, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung ohne Genehmigung auf den Erwerber über²⁴.

IV. Ergebnis

Die eingangs gestellte Frage beantwortet sich demnach dahin, dass die Eintragung im Aktienbuch ohne Bedeutung ist für den Übergang der Mitgliedschaft. Dieser vollzieht sich bei gewöhnlichen Namenaktien ohne Mitwirkung der Gesellschaft^{24a}, während bei vinkulierten Namenaktien die Gesellschaft ihren Einfluss anlässlich der Genehmigung geltend machen muss²⁵.

19 F. von Steiger 27 f., 71, 159; Pestalozzi-Henggeler 69, 133, 176, 53; Guhl/Merz/Kummer 628, 632; Bürgi, OR 686 N 43, ferner OR 685 N 9; W. von Steiger, OR 790 N 4 und OR 791 N 26; Beeler 204; Winkler 18, 33; Teitler 139; Flattet 151; Forrer 241, 325; Haeffiger 43; Hausheer 190; Hagmann 68, 80; Lenhard 93; Schulthess 35 f.; Widmer 38; Glettig 32 f.; Sautaux 20; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 202 f. et passim; Krafft 244, 147 f., 189, 201 et passim; Koeflerli 64 f.; Wieland, SJZ 47 (1951) 222; ders., SAG 21 (1948/49) 87 f.; Steiner, SAG 14 (1941/42) 169 f. = Rep. 75 (1942) 79 ff.; Böckli 102, 98, 91, 126 et passim; Nahrath 34 f.; SAG 33 (1960/61) 154 f.; Carry, *Considérations* 36; ders., *Problèmes* 175 f., 177 f. et passim; W. von Steiger, ZBJV 85 (1959) 98 f.; Schlegel, SAG 15 (1942/43) 78; Patry 152; implizit auch Wieland 20, 23, 31. – Vgl. sodann SJZ 38 (1941/42) 315 Nr. 149; ZR 39 (1940) 216 Nr. 97.

20 BGE 90 II 243; 83 II 301; F. von Steiger 71; ders., SAG 11 (1938/39) 98.

21 BGE 90 II 173; Pestalozzi-Henggeler 68 und 126 f., ferner 66 f.; Wieland, SAG 21 (1948/49) 87 f.; ders., SJZ 48 (1952) 19; SAG 28 (1955/56) 74; Böckli 126 f.; Winkler 17, 33; Charaf 14; Carry, *Problèmes* 170; Patry 147 f.; Tenger 81.

22 BGE 87 II 256 f.; F. von Steiger 71.

23 Vgl. vorn bei Anm. 17.

24 OR 686 IV bringt dies mit dem Tempus der Verben deutlich zum Ausdruck: "Sind die Aktien ... erworben worden, so kann ..."

24a Pestalozzi-Henggeler 65 ff.; Wieland 9; ders., SJZ 48 (1952) 19; Carry, *Problèmes* 170.

25 Zur Genehmigung vgl. den Exkurs hinten § 19.

§ 16 Bedeutung für die Legitimation des Aktionärs

I. Problematik

Wegen ihrer rechtlichen Ausgestaltung ist es bei Namenaktien besonders wichtig, dass man klar unterscheidet zwischen der — materiellrechtlichen — Rechtsträgerschaft¹ und der — formellen — Legitimation^{2,3}. In § 15 wurde soeben gezeigt, dass der Übergang der Mitgliedschaft und damit die Gestaltung der materiellen Rechtslage von der Eintragung im Aktienbuch unabhängig ist. Es fragt sich nun weiter, welche Bedeutung dem Aktienbucheintrag für die Legitimation des Aktionärs zukommt. Wiederum kann zwischen konstitutiver (nachstehend II.) und deklaratorischer Bedeutung (nachstehend III.) unterschieden werden. Die Ergebnisse sind sodann zusammenzufassen (nachstehend IV.).

II. Konstitutive Bedeutung

Nach der früher herrschenden Lehre und Rechtsprechung verschafft ausschliesslich die Eintragung im Aktienbuch dem Aktionär die Legitimation zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte⁴. Danach hat die Eintragung im Aktienbuch mit anderen Worten konstitutive Bedeutung für die Legitimation des Aktionärs⁵, und zwar auch in den Fällen von OR 686 IV⁶. Sie ist der einzige Rechtstitel für die Legitimation⁷

1 Das ist die Frage nach der objektiven Rechtslage, nach dem Träger des Aktienrechts im Sinne des Inbegriffs aller Rechte des Aktionärs.

2 Dies ist die Frage nach der subjektiven Rechtslage, nach der Person, welche die Gesellschaft als berechtigt anerkennen darf und muss.

3 Vgl. dazu ausführlich Jäggi, SAG 23 (1950/51) 155 ff.; sodann etwa Krafft 114; Carry, Problèmes 171.

4 BGE 65 II 228, 231; ZR 37 (1938) 164 f. Nr. 77; ZR 39 (1940) 218 Nr. 97; Pestalozzi-Henggeler 53 f., 33; ders., SJZ 56 (1960) 326 f.; Jäggi, OR 967 N 140; Funk, OR 684 N 1; Winkler 7 f., 19, 37 f.; Vogel 77; Moser 83, 84; Böckli 103; Wettstein 78, 79; Krafft 111, 150 ff., 153, 170, 233; Conne 84; Forrer 86 f., 295; Glettig 30, 32, 35; Schulthess 68 f.; Reich 26; Hagmann 77; Thilo, SAG 31 (1958/59) 147; SAG 28 (1955/56) 75; Lanz, SAG 18 (1945/46) 100, 102; ders., SAG 30 (1957/58) 234, 237; ders., SAG 33 (1960/61) 212 f.; Kistler, SAG 30 (1957/58) 252; ferne Nahrath 35; Weber 20 f.; unklar Trüb 17, 20; Ribi 262 f.; Schucany, SJZ 41 (1945) 182 lit. b.

5 BGE 69 II 316; SJZ 52 (1956) 329 Nr. 153; Schucany, OR 685 N 4; Funk, OR 685 f. N 1; Pestalozzi-Henggeler 55; Forrer 241, 296; Moser 85; Glettig 32; Mercier 143, 146 f.; F. von Steiger, SJZ 59 (1963) 335; Reichwein, SAG 33 (1960/61) 14; ferner Hagmann 69 und Carry, Problèmes 176 f.

6 BGE 75 II 351 f.; Gubler, SAG 22 (1949/50) 230.

7 BGE 69 II 316; 65 II 230; 83 II 305; 75 II 354; Funk, OR 685 f. N 1; Schucany, OR 685 N 4; ders., SAG 27 (1954/55) 196; Jäggi, OR 965 N 279; Pestalozzi-Henggeler 54, 57 f., 69; Böckli 103 f.; Schett 39; Conne 85 f.; Reich 39; Forrer 86; Wieland 23, 30 f.; ders., SAG 26 (1953/54) 59 f., 60; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 98; Lanz, SAG 18 (1945/46) 102; ders., SAG 33 (1960/61) 215 f.; Moser 85 mit Relativierung 85 f.; Mercier 142 f., 146, 148, 149 mit Relativierung 144 f.

und widersteht sogar dem Gegenbeweis⁸. Wird ein Erwerber nicht eingetragen, so bleibt – immer nach dieser älteren Auffassung – der Buchaktionär legitimiert⁹. Der nicht eingetragene Aktionär ist nicht einmal dann legitimiert¹⁰, wenn ihm die Gesellschaft unberechtigterweise die Eintragung verweigert¹¹, und der zu Unrecht eingetragene Buchaktionär schliesst den wirklichen Gesellschafter von der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte aus¹². Einziges Surrogat für die Eintragung ist nach dieser Auffassung ein richterliches Urteil¹³.

III. Deklaratorische Bedeutung

1. Inhalt

Nach neuerer Lehre und Praxis hat der Aktienbucheintrag indessen keineswegs konstitutive Bedeutung¹⁴. Die Eintragung im Aktienbuch macht den Eingetragenen nicht zum Aktionär¹⁵. „Die Eintragung im Aktienbuch bewirkt den Übergang der Aktie nicht, sondern setzt ihn voraus“¹⁶, und zwar auch in den Fällen von OR 686 IV¹⁷. Der Erwerb der Mitgliedschaft geschieht ausserhalb des Aktienbuches¹⁸. Daher kommt „der Vornahme oder Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch ... keine selbständige Bedeutung zu“¹⁹. Auch bei der vinkulierten Namenaktie stellt sie „lediglich die Vollzugsmassnahme eines bereits getroffenen Entscheides dar“²⁰.

8 BGE 65 II 230; ZR 39 (1940) 218 Nr. 97; Schucany, OR 685 N 4; Pestalozzi-Henggeler 55, 54, 124; Hagmann 71; Moser 85, 86; Winkler 38 f.

9 BGE 75 II 352; Bürgi, OR 685 N 30; Schucany, OR 685 N 4; ders., SJZ 41 (1945) 177 f.; Pestalozzi-Henggeler 54; Hagmann 85 f.; Moser 85, 88; Reich 37 f.; Beeler 204 f.; Staehelin, ZSR 79 (1960) I 329; SAG 28 (1955/56) 75; Wieland, SJZ 48 (1952) 5; Gubler, SAG 22 (1949/50) 228; ferner Tenger 72; Nahrath 35.

10 Etwa zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses.

11 BGE 69 II 318; 65 II 228; Funk, OR 685 f. N 1; a.M. Hagmann 87 und – zumindest für die Fälle des Rechtsmissbrauches – Pestalozzi-Henggeler 55 f.; vgl. auch Wieland, SAG 21 (1948/49) 85 f.

12 BGE 65 II 230.

13 BGE 69 II 316; Pestalozzi-Henggeler 56, die aber bei mangelhafter Eintragung allen Interessierten ein weitgehendes Berichtigungsrecht zubilligt: 58 f.

14 BGE 90 II 174; F. von Steiger 70, 71; ders., SAG 36 (1964) 58; Guhl/Merz/Kummer 632, 628; Bürgi, OR 685 N 9; Böckli 113 f.; Solcà 16; W. von Steiger, OR 791 N 26; Krafft 148; Widmer 40; Stechel 10; Haeffliger 43; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 181, 203.

15 BGE 87 II 256, 256 f.; 90 II 173; Bürgi, OR 685 N 9; Patry 149; Krafft 115; Stechel 10; Hausheer 190; Schulthess 30; Sautaux 20.

16 BGE 87 II 256; ebenso F. von Steiger 71; Patry 149 f.; Pfenninger, SAG 38 (1966) 101.

17 BGE 87 II 256.

18 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 203; Wieland, SJZ 48 (1952) 17; Flattet 151.

19 BGE 83 II 301; 90 II 243; ebenso F. von Steiger 71; Solcà 17 f.; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 179 ff.; W. von Steiger, OR 791 N 26; Haeffliger 43; Widmer 38; Carry, Problèmes 175, 177.

20 BGE 83 II 301; 90 II 243; gl.M. Wieland 53; F. von Steiger 71; Haeffliger 43; Solcà 17 f.; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 175; Patry 150; Carry, Problèmes 176, 178; Pfenninger, SAG 38 (1966) 100 f.

OR 685 II und IV besagen ausschliesslich, dass die Legitimationswirkung des Aktienbuches vom Nachweis des formrichtigen Erwerbes abhängt²¹. Sie tritt daher nur dann ein, wenn sich der Erwerber im Anmeldeverfahren²² gehörig legitimiert²³. Erfolgt die Eintragung ohne genügende Legitimation nach OR 685 II²⁴, können sich weder Gesellschaft noch Buchaktionär auf diesen Eintrag berufen²⁵. Hat sich hingegen ein Erwerber nach OR 685 II legitimiert und – soweit bei vinkulierten Namenaktien nötig – auch die Zustimmung der Gesellschaft zum Erwerb erhalten, muss ihn diese auch dann als Aktionär behandeln, wenn die Eintragung aus irgendwelchen Gründen unterblieben ist²⁶.

Die Eintragung im Aktienbuch erscheint damit keineswegs als unwiderlegbar²⁷. Auch wenn das Aktienbuch absolut korrekt geführt wird, kann beim Auseinanderfallen von Rechtszuständigkeit und Legitimation stets die wirkliche Rechtslage zur Geltung gebracht werden²⁸. OR 685 ist eine blossе Ordnungsvorschrift, deren Missachtung ohne Folgen für die Rechte der Aktionäre bleibt²⁹. Weicht die Gesellschaft jedoch vom Aktienbucheintrag ab, sei es, dass sie einem Eingetragenen die Mitgliedschaft abspricht³⁰, sei es, dass sie einen Nichteingetragenen als Aktionär zulässt³¹, handelt sie stets auf eigene Gefahr³². Sie wird sich daher nur bei sicherer Kenntnis³³ darauf einlassen³⁴.

In diesen Fällen ist sie m.E. aber auch verpflichtet, zur Vermeidung von Schadenersatzansprüchen der wirklichen Rechtslage zum Durchbruch zu verhelfen³⁵; denn die Legitimationswirkung des Aktienbuches ist zerstört, sobald offenbar wird, dass die Eintragung mangelhaft ist oder der Buchaktionär die Aktien auf eine andere Person übertragen hat³⁶. Leistet die Gesellschaft daher an den wirklichen Aktionär,

21 BGE 87 II 257 f.

22 Vgl. dazu vorn § 10 II.

23 BGE 87 II 257; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 180.

24 Vgl. dazu vorn § 10 bei Anm. 104.

25 BGE 87 II 256, 258 f.; 90 II 173; F. von Steiger 71; Flattet 150, 151.

26 BGE 90 II 173; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 180; F. von Steiger, SAG 35 (1962/63) 46; Haefliger 45 f.; Sautaux 30; ferner Carry, Problèmes 174 und widersprüchlich F. von Steiger 70 f., 71 f., 159, wo er sich grundsätzlich dieser neueren Auffassung anschliesst, während an anderen Stellen noch die alte Ansicht erkennbar wird: 27, 147, 158, 185.

27 BGE 90 II 173 f.; Patry 150; Haefliger 44; Beeler 207.

28 BGE 90 II 174; Bürgi, OR 685 N 14; F. von Steiger 71 f.; ders., SAG 36 (1964) 58 f.; Guhl/Merz/Kummer 623; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 38 N 12; Flattet 150; Widmer 40; Stechel 10, 11; Haefliger 45 f.

29 BGE 86 II 98; Patry 149; vgl. auch vorn § 5 Anm. 116.

30 Vgl. F. von Steiger an den vorn in Anm. 26 a.E. zit. Stellen.

31 Hierzu besonders Teitler 140.

32 BGE 90 II 174 f.; Bürgi, OR 685 N 14; F. von Steiger 71 f.; Böckli 107 f.; Ribi 262; Haefliger 44; Solcà 17; Wieland, SJZ 48 (1952) 21; Stechel 8; W. von Steiger, OR 791 N 26 mit Hinweisen.

33 Vgl. vorn § 14 Anm. 22.

34 Vgl. auch Wieland, SJZ 48 (1952) 21.

35 Ebenso Ribi 263; Carry, Problèmes 174 f.; vgl. auch Jäggi, SAG 23 (1950/51) 175 f., 178, 179.

36 BGE 90 II 174; Beeler 209; ferner Böckli 106 f., 108 f., der zwischen der Skriptur des Aktienbuches und seiner Legitimation unterscheidet; vgl. auch vorn § 14 Anm. 22.

der nicht im Aktienbuch figuriert, so kann sich der Buchaktionär nicht erfolgreich wehren, denn die Legitimationsordnung von OR 685 dient der Gesellschaft und nicht einem objektiv gar nicht berechtigten Buchaktionär³⁷. Solange die Gesellschaft jedoch keinen Anlass hat, die Aktienbucheintragung für unrichtig zu halten, darf sie sich auf die durch den Aktienbucheintrag vermittelte Legitimation verlassen³⁸.

Die Eintragung im Aktienbuch dient demnach hauptsächlich Legitimations- und Beweiszwecken³⁹. Sie stellt die Legitimation bloss fest⁴⁰ und hat insofern deklaratorische Bedeutung⁴¹.

Auch mit Bezug auf die legitimationsrechtliche Bedeutung des Aktienbucheintrages besteht zwischen den gewöhnlichen und den vinkulierten Namenaktien kein Unterschied⁴², weil es auch hier nicht auf die Genehmigung der Übertragung ankommt.

2. Rechtfertigung

Die Rechtfertigung der heute vorherrschenden Auffassung ist vorab durch Auslegung von OR 685 IV zu gewinnen.

Die genannte Bestimmung lautet wie folgt:

“Im Verhältnis zu der Gesellschaft wird als Aktionär betrachtet, wer im Aktienbuch eingetragen ist.”

Aus dem *Wortlaut* ergibt sich einzig, dass es um die Legitimation und nicht um die Rechtszuständigkeit geht, indem durch die Wendung “wird ... betrachtet” die Möglichkeit eingeräumt wird, dass in Wirklichkeit ein anderer Aktionär sein kann. Gleiches ergibt sich aus dem Umstand, dass ausdrücklich hervorgehoben wird, dies gelte nur “im Verhältnis zu der Gesellschaft”. Ob das Aktienbuch das einzige Legitimationsmittel ist, lässt sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen.

Auch die *Materialien* vermögen die Situation keineswegs zu erhellen. Aus ihnen geht nicht einmal hervor, weshalb das Wort “nur” im deutschen und die Wendung “ne ... que” im französischen Text gegenüber dem OR von 1881 weggefallen ist, während in der italienischen Version “soltanto” stehenblieb. In Rechtsprechung⁴³

37 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 175; Stechel 8; Carry, Problèmes 173; Ribi 263; Haefliger 22.

38 Vgl. vorn § 3 Anm. 10, § 6 Anm. 21 und § 14 Anm. 34.

39 W. von Steiger, OR 791 N 26; Solcà 17; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 203; Stechel 10; Schult-hess 30; SJZ 38 (1941/42) 315 Nr. 149.

40 Solcà 17, 17 f.; Stechel 10; Charaf 15; Hausheer 190.

41 Solcà 17; Teitler 140; Schulthess 30. Charaf 15; vgl. Jäggi, SAG 23 (1950/51) 180.

42 Solcà 18; W. von Steiger, OR 791 N 26; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 182; Pestalozzi-Henggeler 133; Widmer 40; Stechel 17; Carry, Problèmes 177.

43 Etwa BGE 65 II 229.

und Literatur⁴⁴ ist ausführlich darüber gerätselt worden. Meist wurde der Schluss gezogen, es habe bloss eine redaktionelle, jedoch keine materielle Änderung stattgefunden. Die Folgerung ist indessen keineswegs zwingend. Da es auf die subjektive Auffassung des historischen Gesetzgebers nicht ankommt⁴⁵, kann man im Gegenteil argumentieren, es habe tatsächlich eine materielle Änderung stattgefunden und infolge eines redaktionellen Versehens sei der italienische Text nicht angepasst worden. Dies würde dann auf die deklaratorische Bedeutung hinweisen. In Wahrheit lässt sich indessen weder das eine noch das andere zuverlässig herleiten, so dass auch das historische Element kein schlüssiges Resultat liefert.

Systematisch gesehen steht Art. 685 (Marginale: "Aktienbuch") zwischen den mit gleichrangigen Marginalien versehenen Art 684 ("Übertragung") und Art. 686 ("Verweigerung der Eintragung"⁴⁶). Aus dieser Stellung kann bestenfalls gefolgert werden, dass die Frage der Zustimmung in Art. 686 geordnet ist und daher Art. 685 eine andere Materie beschlägt.

Innerhalb von OR 685 findet man in den Absätzen I–IV lose zusammengetragene Regeln über das Aktienbuch, von denen nur die Absätze II und IV inhaltlich näher zusammengehören, indem Absatz II die Voraussetzungen und Absatz IV die Folgen der Eintragung regeln. Dabei ergibt sich aus Absatz II, dass bloss eine Prüfung der Formrichtigkeit der Übertragung nötig ist. Daraus lässt sich nun aber wiederum nichts ableiten für die Frage, ob der Eintragung konstitutive oder deklaratorische Bedeutung für die Legitimation zukommt. Mithin bleibt auch dieses Auslegungselement ohne Resultat.

Unter dem *teleologischen Gesichtspunkt* ergibt sich aus dem Zweck des Aktienbuches, dass es hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschaft primär eine vereinfachte Prüfung der Legitimation der Aktionäre ermöglichen soll⁴⁷. Es geht darum, wer der Gesellschaft gegenüber als Aktionär auftreten kann⁴⁸. Dabei soll die materielle Rechtslage nach Möglichkeit richtig wiedergegeben werden⁴⁹. Aus dem Aktienbuch sollten also die wirklichen Aktionäre ersichtlich sein. Fiktive Buchaktionäre nützen niemandem etwas. Teleologisch betrachtet muss die Eintragung im Aktienbuch daher deklaratorische Bedeutung für die Legitimation des Aktionärs hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte haben⁵⁰. Nur auf diese Weise kann die von der Rechtswirklichkeit mit Akribie gemiedene Diskrepanz zwischen Buchaktionär und faktischem Aktionär verhindert werden⁵¹.

44 Beispielsweise Pestalozzi-Henggeler 54.

45 So jedenfalls die heute herrschende Auffassung; vgl. dazu statt aller Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar Bd. I, Einleitung, ZGB 1–10 (Bern 1962/66), Art. 1 N 168 ff.

46 Dass mit dieser verkürzten Ausdrucksweise stets die Genehmigung und nicht die Eintragung *stricto sensu* gemeint war, ergibt sich schon aus den Materialien, vgl. StenBull. StR 1931, 406; aus der neueren Literatur beispielsweise Baldi 75.

47 Vgl. dazu vorn § 3 bei Anm. 8.

48 Vorn § 3 Anm. 10.

49 Dazu vorn § 14 bei Anm. 23.

50 Anders ist es bei Übertragung der Mitgliedschaftspflicht; vgl. dazu sogleich § 17.

51 Vgl. dazu insbes. Lyk, SAG 51 (1979) 11 ff.; ders., Treuhänder 33.

Während die anderen Auslegungselemente kein greifbares Resultat liefern, ergibt sich aus dem teleologischen Element und damit als *Resultat der Auslegung* von OR 685 IV, dass die Eintragung für die Legitimation des Aktionärs bloss deklaratorische Bedeutung hat.

Dieses Auslegungsergebnis wird durch *allgemeine Überlegungen* bestätigt. Die Legitimation soll die materielle Rechtslage verwirklichen. Sie darf deswegen nicht zum ausschlaggebenden Faktor werden. Eine Konzeption, die nur den Aktienbucheintrag als Legitimationsmittel zulässt, gibt ihm ein Übergewicht. Nur wenn das Aktienbuch nicht das einzige Legitimationsmittel ist, kann der materiellen Rechtslage in pathologischen Fällen zum Durchbruch verholfen werden.

Da die legitimationsrechtliche Ordnung nicht zum Ziel haben kann, unberechtigte Interessen zu schützen, darf das Aktienbuch nicht ausschliessliches Legitimationsmittel sein⁵².

Wer die Aktienbucheintragung als einziges Legitimationsmittel ansieht, gerät dort in unlösbare Widersprüche mit dem Wertpapierrecht, wo die Aktie als Ordrepapier ausgestaltet ist. Entweder beraubt er das Indossament der Transportfunktion oder die Ordreaktie kann die Mitgliedschaft nicht verbriefen⁵³. Ist die Eintragung im Aktienbuch jedoch bloss eines, wenn auch ein besonderes, von mehreren Legitimationsmitteln, entstehen diese Schwierigkeiten nicht.

Diese Sicht der Dinge wird erleichtert durch die Erkenntnis, dass bei vinkulierten Namenaktien zwischen Genehmigung und Übertragung zu unterscheiden ist. Die Vermischung dieser Gesichtspunkte ist m.E. der eigentliche Grund für die Theorie der konstitutiven Bedeutung des Aktienbucheintrages für die Legitimation. Wenn die Gesellschaft im Rahmen der Genehmigung⁵⁴ dort mitbestimmen kann, wo es wirklich darauf ankommt, bei der Übertragung der vinkulierten Namenaktien also, kann auf eine Überdehnung der Eintragungsfunktion verzichtet werden. Damit erhält das Aktienbuch für alle Namenaktien⁵⁵ die gleiche Bedeutung. Diese Lösung ist m.E. wegen ihrer Einfachheit zu begrüssen; sie erleichtert nämlich das Verständnis der reichlich komplizierten Rechtsverhältnisse im Schnittpunkt von Vertrags-, Sachen-, Wertpapier- und Gesellschaftsrecht⁵⁶.

IV. Ergebnis

Die Eintragung im Aktienbuch hat für die Legitimation des Aktionärs zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte deklaratorische Bedeutung. Sie ist ein besonderes

52 Vgl. vorn bei Anm. 28 und § 14 Anm. 26.

53 Vgl. dazu Pestalozzi-Henggeler 70.

54 Genaueres hinten § 19.

55 Gewöhnliche und vinkulierte, Ordre- und Namenaktien.

56 Bürgi, Überlegungen 199.

Legitimationsmittel, das ohne weiteres durch andere Formen der Legitimation ersetzt werden und in keiner Art und Weise die materielle Rechtslage derogieren kann.

§ 17 Bedeutung für den Übergang der Liberierungspflicht

I. Übergang der Liberierungspflicht im allgemeinen

1. Ausgangspunkt

Die einzige gesellschaftsrechtliche Pflicht des Aktionärs besteht in der Liberierung des gezeichneten Kapitalanteils. Sie entsteht für den Zeichner mit der Eintragung der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung im Handelsregister¹. Ist dieser Kapitalanteil vollständig einbezahlt, so hat der Aktionär seine Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber erfüllt, und beim Aktionärswechsel steht nur noch ein Übergang von Rechten zur Diskussion.

Ist das Grundkapital dagegen erst teilweise einbezahlt, stellt sich das Problem des Übergangs der Liberierungspflicht für den ausstehenden Kapitalbetrag. Es hat eine Schuldübernahme stattzufinden².

Vorab ist zu erklären, weshalb es für die Schuldübernahme irrelevant ist, ob die Aktien in Wertpapieren verkörpert sind oder nicht. Ein Wertpapier verbrieft regelmässig ein vermögenswertes Privatrecht³. Die Aktie als Wertpapier verkörpert kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung die Mitgliedschaftsrechte bei der AG⁴. Meist spricht man allerdings davon, dass die Aktie als Wertpapier die Mitgliedschaft schlechthin verkörpert. Doch ist dieser Sprachgebrauch ungenau. Das allgemeine schweizerische Wertpapierrecht sieht nämlich nicht vor, dass ein Wertpapier neben Rechten auch noch Hauptpflichten⁵ des Berechtigten verbrieft⁶. Damit wird nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein solches Wertpapier überhaupt denkbar ist⁷. Doch müsste m.E. ein derart ausserordentliches Wertpapier durch eine *lex specialis* ausdrücklich normiert werden. Im Aktienrecht ist eine solche Bestimmung nicht zu finden. Man muss daher meiner Auffassung nach davon ausgehen, dass die Aktie als Wertpapier ausschliesslich die Mitgliedschaftsrechte verurkundet⁸. Dies erhellt, dass der Übergang der Liberierungspflicht von der Verurkundung der Mitgliedschaft⁹ unabhängig ist¹⁰. Die Aktie kann daher ohne Zustimmung der Gesellschaft

1 Statt vieler Bürgi, OR 687 N 1, 3 a.E. und BGE 64 II 281.

2 Pestalozzi-Henggeler 94; Guhl/Merz/Kummer 628; Wieland 96; Winkler 45; Wettstein 81.

3 Statt vieler Jäggi, OR 965 N 22, 52.

4 OR 622, 683 und 684; statt vieler Bürgi, Vorbem. zu OR 683 ff. N 1 f., 14; Jäggi, OR 965 N 279; Siegwart, OR 622 N 1 ff. sowie 66.

5 Dass Nebenpflichten, wie z.B. die Präsentationspflicht, mit einem Wertpapier verbunden sind, ist unbestritten.

6 Die verurkundete Schuldanerkennung ist daher stets einseitig, Jäggi, OR 965 N 49 ff., insbes. 54.

7 Das Gegenteil wäre begriffsjuristisch gedacht.

8 Vgl. auch die vorn in Anm. 4 zit. Autoren.

9 Hier verstanden als Summe der Mitgliedschaftsrechte.

10 G.M. Schucany, OR 687 N 1 mit der Begründung, dass das Aktienbuch schon vor der Ausgabe von Aktientiteln zu führen ist; vgl. dazu vorn § 5 bei Anm. 17.

übertragen werden, während der Übergang der Liberierungspflicht davon nicht berührt wird¹¹.

2. Übergang der Liberierungspflicht als Schuldübernahme

Die Liberierungspflicht ist eine Schuld des Aktionärs. Soweit das Aktienrecht keine Spezialbestimmungen enthält, kommt daher auf die Übertragung der Liberierungspflicht das Recht der Schuldübernahme¹² zur Anwendung¹³. Einige Sonderregeln finden sich in OR 686 III, IV und 687.

Nach OR 687 I geht die Liberierungspflicht mit dem Aktienbucheintrag auf den Erwerber über¹⁴. Dies bedeutet zweierlei: Erstens ist nach den allgemeinen Regeln für die Schuldübernahme¹⁵ auch hier die Zustimmung des Gläubigers erforderlich. Jedoch ist zweitens diese Zustimmung nicht formfrei, sondern an den Aktienbucheintrag gebunden¹⁶.

Das Bundesgericht ist in dieser Frage anderer Ansicht¹⁷. Wegen seiner neueren Praxis zu OR 685 sieht es sich genötigt, OR 687 I die konstitutive Bedeutung ebenfalls abzusprechen. Das Hauptargument besteht denn auch in der Überlegung, der Übergang der Liberierungspflicht müsse als Korrelat der Mitgliedschaftsrechte gleich behandelt werden wie diese¹⁸. Das trifft m.E. jedoch nicht zu. Wie eben angedeutet¹⁹, ist es durchaus möglich, dass Mitgliedschaftspflicht und Mitgliedschaftsrechte ein unterschiedliches Schicksal haben²⁰. Dies ist nichts Besonderes. Sowenig der debitor cessus unter dem Vorbehalt von OR 164 II²¹ zur Abtretung der Forderung etwas zu sagen hat, so wenig Einfluss hat die Gesellschaft auf die Übertragung der

11 A.M. Pestalozzi-Henggeler 133; ferner Froidevaux, SAG 24 (1951/52) 38 ff., der allerdings übersieht, dass in der Praxis der Übernahmepreis regelmässig davon abhängen wird, ob der Erwerber von der Gesellschaft als neuer Liberierungsschuldner akzeptiert wird; ausserdem gibt es im Börsenhandel heute kaum mehr unvollständig liberierte Aktien. – Im übrigen ist das vorliegende Problem der *Spaltung von Rechten und Pflichten* des Aktionärs klar zu trennen von der Frage der *Spaltung* der verschiedenen Mitgliedschaftsrechte, vgl. hiezu hinten § 18 bei Anm. 15 ff.

12 OR 175 ff.

13 Pestalozzi-Henggeler 94; Wieland 99; Wettstein 77, 81.

14 Bürgi, OR 684 N 18 und hinten Anm. 29.

15 Gegen die Annahme einer Schuldübernahme Pestalozzi-Henggeler 133 f., vgl. aber soeben Anm. 13. Im Text von altOR 637 III kam die Tatsache der Schuldübernahme viel deutlicher zum Ausdruck; vgl. dazu auch Conne 120; wie hier sodann Carry, L'action 30, 31 und ders., *Considérations* 38.

16 OR 687 I; Pestalozzi-Henggeler 94 f.; Funk, OR 687 N 2; Wettstein 81; Wieland 99 f.; Beeler 208; Spörri 163 f.

17 BGE 90 II 175 E 4.

18 Ebenso Pestalozzi-Henggeler 135.

19 Vgl. soeben bei Anm. 11; ferner auch hinten Anm. 41.

20 Ebenso und mit grundsätzlichen Überlegungen zum Übergang vom alten Recht zu OR 687 Conne 121 f. und 123.

21 Pactum de non cedendo.

Mitgliedschaftsrechte bei Namenaktien, mindestens soweit sie nicht vinkuliert sind. Umgekehrt gibt es weder nach OR 176 noch nach OR 687 einen Schuldnerwechsel ohne Einwilligung des Gläubigers. Es ist daher ohne weiteres möglich, dass eine gewöhnliche, unvollständig liberierte Aktie gegen den Willen der Gesellschaft übertragen wird. Der Indossatar ist dann rechtmässiger Inhaber der Mitgliedschaftsrechte, während der weiterhin im Aktienbuch figurierende Indossant zur Liberierung verpflichtet bleibt.

Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts ist es deshalb möglich, dass der Aktienbucheintrag hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte (Legitimationsfunktion) eine andere Bedeutung hat als hinsichtlich der Mitgliedschaftspflicht (Verzeichnis der Liberierungsverpflichteten)²². Ferner ist es m.E. nicht richtig, wenn das Bundesgericht bei der Würdigung der Interessenlage²³ ausführt, das Bedürfnis nach Klarheit über die Person des Schuldners sei kein anderes als bei jedem beliebigen Schuldnerwechsel. Im Gegensatz zum gewöhnlichen Schuldnerwechsel sind bei der AG nicht nur deren Interessen, sondern überdies auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger besonders zu berücksichtigen, weil ihnen grundsätzlich nur das Grundkapital als Haftungssubstrat zur Verfügung steht und daher Klarheit über die Schuldner des Grundkapitals bestehen muss, während das Haftungssubstrat für die Gläubiger einer natürlichen Person oder einer Personengesellschaft nicht von vorneherein beschränkt ist.

Die Eintragung im Aktienbuch ist somit notwendige, aber – und insoweit ist dem Bundesgericht vollauf zuzustimmen – nicht hinreichende Bedingung für den Übergang der Liberierungspflicht. Der Eintrag allein genügt nicht. Es braucht stets und, logisch gesehen, an erster Stelle die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte²⁴. Liegt sie vor, dann bewirkt der Aktienbucheintrag allerdings zwingend den Schuldnerwechsel. Der Belangte wird auf diese Weise nicht der Einrede beraubt, dass die Eintragung der wirklichen Rechtslage widerspricht. Die Eintragung kann rückgängig gemacht werden, wenn es an einer gültigen Übertragung fehlt oder das Grundgeschäft dahinfällt²⁵.

Damit ist m.E. eine Lösung gefunden, die den Bedenken des Bundesgerichtes Rechnung trägt, ohne den Vorzug der jederzeitigen Klarheit über die Liberierungs-

²² Vgl. vorn § 3.

²³ S. 176 f.

²⁴ Im Erbgang tritt an die Stelle von Übereignung und Registereintrag Annahme oder Verweigerung der Erbschaft. Mit dem Erbfall werden die Erben provisorisch, mit dem endgültigen Erwerb der Erbschaft – ausdrückliche Annahme oder Unterlassung der Ausschlagung – werden sie definitiv Liberierungsschuldner. Auf den Aktienbucheintrag kommt es in diesem Fall nicht an: Bürgi, OR 685 N 20; Stechel 27; Pestalozzi-Henggeler 54, 58, 176; Wieland 33 f.; noch weitergehend Solcà 99 f.

²⁵ ZR 48 (1949) 229 ff. Nr. 126; ebenso Funk, OR 686 N 4 a.E.; Conne 117, 124 ff.; vgl. auch vorn § 14; a.M. Steiner, SAG 17 (1944/45) 194; Wieland 106 und etwas anders 113, wo er im Ergebnis der hier befürworteten Lösung zuneigt. In ZR 48 (1949) 231 Nr. 126 sowie in BGE 79 III 117 wurde auf Grundlagenirrtum erkannt, weil der Ersteigerer bei der Zwangsverwertung von Aktien nicht über die unvollständige Liberierung orientiert worden war.

verpflichteten zu opfern²⁶. Es können auf diese Weise nie Zweifel über die Person des Pflichtigen entstehen. Mit der Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch wird der bisherige Aktionär, der nicht Zeichner ist²⁷, von der Liberierungspflicht befreit²⁸. Der Erwerber seinerseits wird mit der Eintragung im Aktienbuch Schuldner der Liberierungsforderung²⁹.

3. Eintragungsvermerk

OR 687 IV bestimmt, dass auf dem Mantel einer bloss teilweise liberierten Aktie der einbezahlte Betrag vermerkt werden muss. Es handelt sich dabei um eine Ordnungsvorschrift³⁰, die den Erwerber vor Überraschung schützen soll³¹. Ist der Liberierungsvermerk falsch oder fehlt er, so ändert das nichts an der Haftung des eingetragenen Aktionärs³². Indessen werden die Gesellschaft und das für die Eintragung zuständige Organ dem gutgläubigen Aktionär gegenüber gegebenenfalls schadenersatzpflichtig³³. Möglich sind ferner obligatorische Ansprüche gegen den Veräusserer aus dem Grundgeschäft³⁴.

26 OR 687 I hat bei dieser Konzeption weder bloss deklaratorischen noch strikte konstitutiven Charakter.

27 Zu diesem nachstehend II.

28 OR 687 III; ZR 48 (1949) 230 Nr. 126; F. von Steiger 162; ders., SAG 11 (1938/39) 99; Pestalozzi-Henggeler 94, 51, 88; Bürgi, OR 687 N 12, 18; Schucany, OR 687 N 3; Funk, OR 687 N 1, 3; Guhl/Merz/Kummer 629; Winkler 44 f., 46; Wieland 99 f.; Lanz, SAG 17 (1944/45) 3; Steiner, SAG 17 (1944/45) 194 f.; Beeler 208; Spörri 163 f.; Patry 156.

29 OR 687 I; F. von Steiger 162; ders., SAG 11 (1938/39) 98; Pestalozzi-Henggeler 94; Bürgi, OR 687 N 17; Funk, OR 687 N 2; Wettstein 81; Winkler 44 f.; Wieland 98 ff.; ders., SAG 26 (1953/54) 61; Lanz, SAG 17 (1944/45) 3; Steiner, SAG 17 (1944/45) 194; Beeler 208, 205; Spörri 163 f.; Walder 24; Trüb 16 f.; Reich 67; Patry 155; Forrer 236, wo er sich aber fälschlicherweise auf OR 685 IV beruft, und 325 f., wo er a.M. ist.

30 ZR 48 (1949) 226 Nr. 126; Bürgi, OR 687 N 19; Schucany, OR 687 N 4; Winkler 48.

31 Bürgi, OR 687 N 19; Guhl/Merz/Kummer 628; Winkler 48; Lewin 74.

32 ZR 48 (1949) 226 Nr. 126; Bürgi, OR 687 N 19; Funk, OR 687 N 4; Kistler, SAG 32 (1959/60) 247; a.M. Lewin 75; m.E. unklar Siegwart, OR 622 N 72 (vgl. die Deutungen von Bürgi und Lewin, die sich beide für ihre verschiedenen Meinungen auf Siegwart berufen). – Die Begründung liegt in der Natur der Aktie als eines kausalen Wertpapiere, die bewirkt, dass sich Rechte und Pflichten des Aktionärs nicht aus der Skriptur der Aktienurkunde, sondern aus den Gesellschaftsstatuten ergeben.

33 ZR 48 (1949) 226 Nr. 126; Bürgi, OR 687 N 19; Schucany, OR 687 N 4; Funk, OR 687 N 4; Winkler 48; Kistler, SAG 32 (1959/60) 247.

34 Ebenso Bürgi, OR 687 N 19 mit weiteren, allerdings nicht durchwegs zutreffenden Verweisungen, und Kistler, SAG 32 (1959/60) 247.

II. Haftung des Zeichners insbesondere

Während der Veräusserer von Aktien, der nicht Zeichner ist, mit der Eintragung des Erwerbers von der Liberierungspflicht befreit wird³⁵, gilt dies für den Zeichner nur bedingt. Gemäss OR 687 II bleibt er nämlich während zweier Jahre seit der Eintragung der Gesellschaftsgründung bzw. der Kapitalerhöhung³⁶ im Handelsregister subsidiär haftbar. Allerdings wird diese Haftung nur aktuell, wenn die Gesellschaft binnen dieser Frist in Konkurs fällt und ausserdem der mittelbare oder unmittelbare Rechtsnachfolger³⁷ des Zeichners seine Rechte infolge Kaduzierung nach OR 681 f. verwirkt hat³⁸. Für das Agio haftet nur der Zeichner³⁹. Ist jedoch der Rechtsnachfolger unter ausdrücklicher Übernahme der Agioschuld im Aktienbuch eingetragen, kann die Gesellschaft auch die Agioforderung gegenüber dem Zeichner nur noch nach den Regeln von OR 687 II geltend machen⁴⁰.

Wird kein Aktienbuch geführt, bleibt der Zeichner haftbar, auch wenn die Mitgliedschaftsrechte übertragen werden⁴¹. Nach Bürgi⁴² gilt dies allerdings nur, soweit und solange die Gesellschaft den Zeichner nicht ausdrücklich aus der Haftung entlässt⁴³.

35 Soeben bei Anm. 28.

36 Funk, OR 687 N 1; Guhl/Merz/Kummer 629; F. von Steiger, SAG 11 (1938/39) 99; ferner Bürgi, OR 687 N 3 a.E.

37 Bürgi, OR 687 N 16; F. von Steiger 162; Schucany, OR 687 N 2; Winkler 46.

38 F. von Steiger 162; Bürgi, OR 687 N 15; Schucany, OR 687 N 2; Funk, OR 687 N 1; Steiner, SAG 17 (1944/45) 194; Beeler 208; Winkler 45 f.; Walder 24. Entgegen Bürgi, OR 687 N 16 ist es nicht erforderlich, dass der im Aktienbuch eingetragene Rechtsnachfolger des Zeichners zuerst fruchtlos belangt werden muss. – Guhl/Merz/Kummer 629 beschränken diese subsidiäre Haftung auf die Fälle der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Aktie. Dies scheint mir mit dem Zweck von OR 687 II kaum vereinbar, da es für den Schutz der Gläubiger – das Grundkapital ist das Haftungssubstrat der Gesellschaft, vgl. Winkler 45 – irrelevant ist, auf welche Weise die Mitgliedschaft übergeht. Übrigens kann der Zeichner bei rechtsgeschäftlicher Übertragung auch nur gerade seinen unmittelbaren Rechtsnachfolger auswählen, so dass er auch hier auf die Zahlungsfähigkeit seiner Nachmänner wenig Einfluss hat.

39 Bürgi, OR 687 N 3.

40 Funk, OR 687 N 1.

41 Schucany, OR 687 N 1; Funk, OR 687 N 2.

42 OR 687 N 13.

43 Im Hinblick auf den Zweck von OR 687 – Sicherung des Haftungssubstrates für die Gesellschaftsgläubiger – scheint es mir jedoch fraglich, ob die Gesellschaft dies kann.

§ 18 Fehlende Eintragung

I. Rechtslage zwischen Aktienerwerb und Eintragung im Aktienbuch

Normalerweise¹ wird der Erwerber einer Namenaktie innert einiger Wochen nach dem Erwerb um die Eintragung im Aktienbuch nachsuchen. Entweder ist er nämlich wirklich an der Mitgliedschaft interessiert, was namentlich bei kleineren Gesellschaften aktuell ist, und dann will er die Mitgliedschaftsrechte ausüben können. Oder er sucht nur die Kapitalanlage und erwirbt daher Titel einer kotierten Grossgesellschaft. In diesem Fall wird er durch die Börsenusanzen veranlasst, innert kurzer Zeit die Eintragung zu verlangen. So ist nach § 18 V der Usanzen der Zürcher Effektenbörse² der Käufer verpflichtet, innert 14 Tagen nach Geschäftsabschluss das Eintragungsgesuch zu stellen, widrigenfalls der Verkäufer exekutionsweise die Titel ein zweites Mal verkaufen und den Schaden dem säumigen Käufer überbinden kann³. Es darf daher vermutet werden, dass die Fälle des Erwerbes von Namenaktien, bei denen der Erwerber von vorneherein auf ein Eintragungsgesuch verzichtet, eher selten sind. Die rechtliche Lage eines solchen Aktionärs ist die gleiche wie diejenige eines Eintragungswilligen vor der Eintragung. Handelt es sich um gewöhnliche Namenaktien, so hat der Aktionär in beiden Fällen Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch und ist durch den indossierten Titel für die Rechtsausübung gegenüber der Gesellschaft legitimiert⁴.

Geht es um vinkulierte Namenaktien und erfüllt der Ansprecher die Vinkulierungsanforderungen, hat er einen Rechtsanspruch auf Genehmigung und Eintragung. Er wird durch Titelbesitz und Indossament legitimiert⁵. Erfüllt er die Eintragungsvoraussetzungen dagegen nicht, so kommt es für seine rechtliche Stellung darauf an, welche Bedeutung der Übertragungsgenehmigung zugebilligt wird⁶.

Für die Situation vor Errichtung des Aktienbuches vgl. vorn in § 5 Anm. 88 und 92.

1 In der Literatur wird oft das Gegenteil vermutet, vgl. etwa Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 20.

2 Handbuch 56.

3 Diese Frist wird allerdings in der Praxis kaum eingehalten und es dauert regelmässig mehrere Wochen, bis die Eintragung erfolgt.

4 Vgl. dazu vorn § 10 Anm. 20.

5 Vgl. dazu vorn § 10 Anm. 20 und 65. — Bei Publikumsgesellschaften werden häufig während einer kurzen Frist — meist sind es zehn Tage — vor der Generalversammlung keine Änderungen des Aktienbuches mehr vorgenommen. Dies ist der organisatorischen Gründe wegen verständlich. Trotzdem müsste ein durch Titelbesitz und Indossament legitimierter Ansprecher zur Generalversammlung zugelassen werden, wenn er nach den vorstehenden Ausführungen Anspruch auf Übertragungsgenehmigung und Eintragung im Aktienbuch hat.

6 Vgl. dazu nachstehend § 19.

II. Rechtslage bei Verweigerung der Eintragung

1. Voraussetzungen der Eintragungsverweigerung

Die Gesellschaft darf bei mangelfreier Übertragung die Eintragung nur dann verweigern, wenn sie auch die Übertragung nicht genehmigen muss. Andernfalls kann ihre Weigerung nicht erfolgreich sein. Zum einen ist der Ansprecher dann durch den Titel und die Indossamentenreihe oder auf andere Weise genügend legitimiert⁷. Zum anderen hat er einen Anspruch auf Übertragungsgenehmigung und Eintrag, den er notfalls klageweise durchsetzen kann⁸. Zum dritten wird die Gesellschaft bei ungerechtfertigter Weigerung für den entstehenden Schaden haftbar⁹.

Ob die Gesellschaft zur Verweigerung der Übertragungsgenehmigung berechtigt ist, entscheidet sich nach ihren Vinkulierungsvorschriften. Im Rahmen dieser Arbeit kann den Gestaltungsmöglichkeiten für statutarische Vinkulierungsklauseln nicht im einzelnen nachgegangen werden¹⁰. Wichtig ist hier vorerst nur der Umstand, dass die Eintragung nur dann erfolgreich verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft berechtigterweise die Genehmigung der Übertragung verweigern darf. Berechtigt ist die Übertragungsverweigerung dann, wenn der Ansprecher den konkreten Vinkulierungsbestimmungen nicht genügt oder wenn ihn die Gesellschaft durch sachlich begründbaren¹¹ Ermessensentscheid ablehnt oder wenn – bei unvollständig liberalisierten Aktien – die nach OR 686 III verlangte Sicherstellung nicht geleistet wird¹².

Die Eintragungsverweigerung ist auch hier eine blosser Folge des Genehmigungsentscheides¹³. Ist die Übertragungsgenehmigung aber einmal erteilt, so hat der Ansprecher einen Rechtsanspruch auf Eintragung im Aktienbuch ganz gleichgültig, welche Bedeutung man der Übertragungsgenehmigung auch beimisst¹⁴.

7 Vgl. vorn § 10 Anm. 20.

8 Vgl. vorn § 12 Anm. 161.

9 Vgl. vorn § 12 Anm. 172.

10 Vgl. dazu etwa die Übersichten bei Schlupe, SAG 48 (1976) 124; F. von Steiger 161 f.; Bürgi, OR 686 N 25 ff.; Guhl/Merz/Kummer 632 f.; Herren 100 f.; ders., SAG 47 (1975) 45 ff.; Lehner, SAG 26 (1953/54) 193 ff.; Wolf, SAG 33 (1960/61) 72 f.; Krafft 157 ff.; Charaf 32 ff. sowie eingehend Pestalozzi-Henggeler 95 ff.

11 Dies bedeutet nicht, dass die Gesellschaft auch tatsächlich die Gründe für die Verweigerung der Übertragungsgenehmigung angeben muss; vgl. die vorn in Anm. 10 zit. Autoren.

12 Hat der Ansprecher die Aktien infolge Erbgangs, Zwangsvollstreckung oder ehelichen Güterrechts erworben, so darf die Übertragungsgenehmigung nur verweigert werden, wenn sich nach Massgabe von OR 686 IV ein Übernehmer findet, der den Ansprecher voll entschädigt; vgl. dazu vorn § 12 Anm. 141.

13 Vgl. dazu vorn § 16 Anm. 20.

14 Vgl. nachstehend § 19.

2. Folgen der Verweigerung

a) Unter *gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten* steht fest: Der zu Recht¹⁵ abgewiesene Ansprecher kann keinerlei Mitgliedschaftsrechte ausüben¹⁶. Was das jedoch im einzelnen genau bedeutet, hängt wiederum davon ab, welche Wirkung der Übertragungsgenehmigung zukommt¹⁷. Dem abgewiesenen Erwerber verbleiben die jeweils fälligen Forderungen, die aus den Vermögensrechten des Aktionärs hervorgehen und die jedenfalls infolge *cessio pro futuro*^{17a} in der Person des wertpapierrechtlich formell legitimierten Ansprechers entstehen¹⁸. Dies bedeutet, dass es die überall beschworene Spaltung der Mitgliedschaftsrechte in Mitverwaltungs- und Vermögensrechte gar nicht gibt¹⁹. Insofern sind die vielfältigen Bemühungen der Praxis zur Vermeidung der Spaltung²⁰ unnötig, jedenfalls soweit sie sich nicht auch gegen die Abtretbarkeit der künftigen Forderung richten²¹.

b) In der Literatur ist sehr viel Mühe darauf verwendet worden zu untersuchen, welches Schicksal das *obligatorische Grundgeschäft*²² erleidet, wenn die Gesellschaft zu Recht die Übertragungsgenehmigung verweigert²³.

aa) Indessen kann hierüber *wenig Allgemeingültiges* gesagt werden. Es kommt nämlich stets auf die konkreten Vereinbarungen an, die nach den allgemein für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln auszulegen und gegebenenfalls richterlich zu

15 Der unrechtmässig abgewiesene Ansprecher hat ein Recht auf Genehmigung und auf Eintragung, vgl. vorn § 12 Anm. 160.

16 Nachdem es die Frage in BGE 81 II 539 noch ausdrücklich offengelassen hatte, hat das Bundesgericht dies nun klargestellt in BGE 90 II 240 E 2b; aus der Literatur statt vieler F. von Steiger 159; Pestalozzi-Henggeler 136; Schluep, SAG 48 (1976) 126; Bürgi, Überlegungen 213 f., 217; Böckli 126; Baldi 86; Krafft 228, 213; Forstmoser N 43; Bär, ZSR 85 (1966) II 378 f.; Patry 151; a.M. und für eine echte Spaltung namentlich noch Bürgi, OR 685 N 30, OR 686 N 90 ff. und 100 f., je mit weiteren Hinweisen; Wieland, SJZ 48 (1952) 19; Fromer, ZSR 80 (1961) I 138 ff.; Pugatsch 73 f.; Vogel 76.

17 Dazu sogleich § 19.

17a BGE 69 II 290 ff.; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 66 f.

18 BGE 90 II 240 E 2b; 83 II 302 E 4a; F. von Steiger 160; Schluep, SAG 48 (1976) 126; Guhl/Merz/Kummer 633; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 268; Jäggi, ZSR 77 (1958) I 526; Winkler 55; Solcà 10; Patry 151; Baldi 86; Pfenninger, SAG 38 (1966) 101; H.A. Vogel 113; Krafft 229 f. mit weiteren Hinweisen; teilweise anders Wieland 69; a.M. Bär, ZSR 85 (1966) II 380; wie hier grundsätzlich auch Pestalozzi-Henggeler 136 f., deren Befürchtungen wegen Mehrfachzessionen des Buchaktionärs m.E. mindestens dort zu zerstreuen sind, wo die Aktien in Wertpapieren verbrieft sind und Mehrfachveräusserungen am fehlenden Titelbesitz des Buchaktionärs scheitern.

19 BGE 90 II 240 E 2b; Schluep, SAG 48 (1976) 126 sowie Guhl/Merz/Kummer 633 f.; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68; Krafft 230, 244 Ziff. II.

20 Vgl. Lyk, SAG 51 (1979) 11, 12 ff.; ders., Treuhänder 33 sowie hinten Anm. 42.

21 Vgl. dazu Schluep, SAG 48 (1976) 126 Anm. 47 mit Hinweisen.

22 In aller Regel handelt es sich um Kauf.

23 Vgl. als Beispiele etwa Pestalozzi-Henggeler 139 ff. und Wieland 83 ff.

ergänzen sind²⁴. Generelle Vermutungen sind daher m.E. sehr problematisch, doch werden sie häufig angestellt²⁵.

Sollte der Erwerber nach dem Willen der Parteien die Eintragung im Aktienbuch erreichen und kann er dies nicht, so fällt der Vertrag wegen Unmöglichkeit dahin²⁶. Der Veräusserer bleibt diesfalls Aktionär und kann den Titel zurückverlangen, während der Erwerber die schon erstattete Gegenleistung zurückfordern kann²⁷.

Sollte der Vertrag nach dem Willen der Parteien auch bei Abweisung des Erwerbers gelten oder wollte dieser die Mitgliedschaftsrechte gar nie ausüben oder war ihm die Eintragung im Aktienbuch aus anderen Gründen gleichgültig, so bleibt das Grundgeschäft von der Verweigerung der Übertragungsgenehmigung unberührt²⁸.

Selbstverständlich können die Parteien die Eintragung auch zur suspensiven oder resolutiven Bedingung des Grundgeschäftes erheben²⁹ oder auf andere Weise im voraus vereinbaren, was im Falle der Ablehnung gelten soll³⁰. Der Veräusserer haftet dem Erwerber nur dann für die Eintragung, wenn er diese ausdrücklich zugesichert hat³¹.

bb) Die zahlenmässig häufigsten und wohl auch wirtschaftlich bedeutendsten Aktionärswechsel erfolgen durch das *Börsengeschäft*³². Die Börsenusanzen bewirken, dass diese Transaktionen nach besonderen Regeln abgewickelt werden. So bestimmt § 18 V der Zürcher Usanzen³³, dass der Verkäufer den Couponbogen³⁴ zurückverlangen kann, wenn der Käufer nicht innert 14 Tagen seit dem Verpflichtungsgeschäft um die Eintragung im Aktienbuch nachsucht oder wenn die Eintragung verweigert wird. Der Verkäufer darf dann den Titel exekutionsweise ein zwei-

24 BGE 90 II 244 f.; 83 II 307 ff.; Urteil des Berner Appellationshofes vom 18. September 1945 in ZBJV 83 (1947) 131 ff. = SAG 20 (1947/48) 26 ff.; Bürgi, OR 686 N 102; Jäggi, OR 967 N 154; ders., SAG 23 (1950/51) 193; Guhl/Merz/Kummer 634; Schucany, OR 684 N 1; Krafft 212; Baldi 77; W. von Steiger, OR 791 N 23; Walder 31; Solcà 18; Winkler 55 f.

25 Vgl. etwa Funk, OR 685 f. N 4; Pestalozzi-Henggeler 140 ff., 149 f.; Jäggi, OR 967 N 154; ders., SAG 23 (1950/51) 194; Winkler 54 f.; Wieland 92 f.; ders., SJZ 47 (1951) 219; ders., SJZ 50 (1954) 124 f.; Charaf 61; Sautaux 27 f.; Krafft 213; Reich 112 ff.; Widmer 102; Walder 31 bezieht sich sogar ausdrücklich auf die vorstehend angeführte Bundesgerichtspraxis.

26 F. von Steiger 160; Baldi 78; Winkler 55; Sautaux 26, 27; W. von Steiger, OR 791 N 23; Wieland 95; Jäggi, SAG 23 (1950/51) 194.

27 Für den Normalfall des Kaufes vgl. etwa Krafft 213 mit Hinweisen und sodann Pestalozzi-Henggeler 141 f.

28 Als Anwendungsfälle vgl. BGE 90 II 245 f. und 83 II 309 ff.; aus der Literatur siehe dazu Jäggi, OR 967 N 153; ders., SAG 23 (1950/51) 194; W. von Steiger, OR 791 N 23; Baldi 84 ff.; Charaf 61 f.; Sautaux 29; Walder 30; für ein römischrechtliches Argument hiezu Wieland 84 f.

29 Vgl. dazu Pestalozzi-Henggeler 140; Baldi 80 ff.; Jäggi, OR 967 N 153; ders., SAG 23 (1950/51) 153 f.; Winkler 54; Charaf 60 f.; Sautaux 27; Salzgeber-Dürig 204; Reich 115.

30 Pestalozzi-Henggeler 140; Walder 30; Wieland, SJZ 47 (1951) 220.

31 BGE 53 II 312; F. von Steiger 141; Krafft 213; Wieland 94; Reich 115.

32 Vgl. etwa E. Müller, SJZ 58 (1962) 278.

33 Handbuch 56; zit. auch bei Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 323.

34 Der Mantel befindet sich bei der Gesellschaft, vgl. hinten nach Anm. 44.

tes Mal verkaufen und den dabei allenfalls erlittenen Schaden auf den Erstkäufer abwälzen³⁵.

Obwohl der Wortlaut der Usanzen dagegen spricht³⁶, scheint die von einem Teil der Lehre vorgenommene Einschränkung der beschriebenen Regelung auf die Übertragung unvollständig liberierter Aktien zutreffend zu sein³⁷. Da nun aber mit Ausnahme von einem oder zwei Titeln³⁸ alle häufig gehandelten Aktien vollständig liberiert sind, bleibt die Regel von § 18 V der Zürcher Usanzen ohne konkrete Anwendungsfälle. Dies deckt sich mit Auskünften von Praktikern, sie könnten sich nicht an einen einzigen solchen Zweitverkauf erinnern. In der Rechtswirklichkeit ist es die Käuferbank, die nach mehrmaliger erfolgloser Mahnung den Erwerber mit der Androhung, den Titel wieder zu veräussern, zur Anmeldung veranlasst. Für die Verkäuferbank hingegen ist die Transaktion mit der Gutschrift des Kaufpreises und der Auslieferung des Titels stets erledigt³⁹.

Die Usanzen gelten⁴⁰ bei allen gewerbsmässigen Geschäften von Börsenbanken, also namentlich auch im vorbörslichen Handel⁴¹.

Zur Abwehr der – allerdings bloss vermeintlichen⁴² – Spaltung und zur Vermeidung der im Börsenhandel besonders unangenehmen Verweigerung von Übertragungsgenehmigungen wurden im Jahre 1961 von der Schweizerischen Bankiervereinigung Richtlinien für die Übertragung von vinkulierten Namenaktien erlassen und gleichzeitig mit einer Anzahl Gesellschaften⁴³ ein Übereinkommen geschlossen⁴⁴. Kernstück der Regelung ist folgendes: Die Gesellschaften geben der Bankiervereinigung laufend bekannt, nach welchen Grundsätzen die Übertragungsgenehmigungen erteilt werden, und verpflichten sich, rasch über die eingehenden Übertragungsgesuche zu entscheiden. Dabei ist ihre Entscheidungsfreiheit voll gewahrt.

35 Vgl. hiezu und zu den ähnlichen Regeln anderer Börsenplätze aus der Literatur, die allerdings nicht in allen Fällen den aktuellen Stand wiederzugeben vermag: Pestalozzi-Henggeler 144 f. und in SJZ 56 (1960) 344; Wieland 89 ff.; Tenger 39 f., 75, 79 f.; Bloch, SJZ 49 (1953) 324; Lanz, SAG 33 (1960/61) 217; Reich 118 f., 120, 69; E. Müller, SJZ 58 (1962) 279; ferner Staehelin, ZSR 79 (1960) I 331; W. von Steiger, ZBJV 95 (1959) 99; aus der Judikatur vgl. BGE 53 II 310 f.

36 § 18 V: "Die Erlangung der Übertragungsgenehmigung ist *in allen Fällen* ..."

37 Vgl. Schluep, SAG 48 (1976) 127, dessen Verweisung auf § 15 der Zürcher Usanzen wohl als Hinweis auf § 18 zu lesen ist; sodann Pestalozzi-Henggeler 148; Tenger 61; Widmer 102 mit allerdings unzutreffender Berufung auf BGE 53 II 301 ff. (recte wohl 310 ff.).

38 Nationalbank.

39 Dieses überraschende Ergebnis bedeutet, dass die Zürcher Usanzen in diesem Punkt entgegen aller Erwartung nicht die effektive Übung wiedergeben.

40 Mit der Vorsicht, die durch die soeben gewonnene Erkenntnis geboten ist.

41 Vgl. Widmer 100 f., 104 mit Hinweisen; E. Müller, SJZ 58 (1962) 278; Pestalozzi-Henggeler 146; zurückhaltender Reich 120 f.; a.M. Bloch, SJZ 49 (1953) 323.

42 Vgl. dazu vorn Anm. 19.

43 Von anfänglich 20 (vgl. SAG 34 [1961/62] 13) hat sich die Zahl der am Abkommen beteiligten Gesellschaften auf heute gegen 35 erhöht.

44 Zum Wortlaut der Richtlinien und zur Kommentierung des Übereinkommens vgl. SAG 34 (1961/62) 11 ff. sowie Lyk, SAG 51 (1979) 12; Schluep, SAG 48 (1976) 127; E. Müller, SJZ 58 (1962) 279. – Für die Entwicklung dieser Regelung aus der Praxis heraus vgl. Reich 69, 119.

Sie können im Einzelfall auch Ansprecher abweisen, die den angegebenen Grundsätzen an sich entsprechen. Die Bankiervereinigung teilt die Eintragungsgrundsätze ihren Mitgliedern in Form eines periodisch nachgeführten Loseblattwerkes mit. Die Banken wiederum sind verpflichtet, diese Angaben vertraulich zu behandeln, alle Kaufordres anhand dieser Grundsätze zu prüfen und zurückzuweisen, falls der Kunde nicht eintragungsfähig ist. Sie verpflichten sich ferner, die Aktienmängel sofort nach dem Geschäftsabschluss der Gesellschaft "zur Verfügung" der Käuferbank zuzustellen und dafür zu sorgen, dass die Käufer umgehend ein Eintragungsgesuch stellen.

Diese Regelung bewirkt, dass im Normalfall wegen der Übertragungsgenehmigung keine Unsicherheit mehr entsteht und Verweigerungen relativ selten sind.

c) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Folgen der Eintragungsverweigerung im Hinblick auf das *Wertpapier- und Sachenrecht* hingewiesen. Verweigert die Gesellschaft zu Recht die Übertragungsgenehmigung und in der Folge auch die Eintragung im Aktienbuch, kommt es für das rechtliche Schicksal des Aktientitels darauf an, ob das Grundgeschäft gültig bleibt. Fällt es dahin, bleibt der Buchaktionär Eigentümer des Titels. Bleibt das Grundgeschäft jedoch bestehen, so geht das Eigentum an der Ordreaktie auf Grund des Indossamentes und der Besitzübertragung auf den Erwerber über⁴⁵. Ob dies auch für die Rektaaktie gilt, ist umstritten. Nach der hier vertretenen Auffassung über die Bedeutung der Übertragungsgenehmigung⁴⁶ kann die Gesellschaft mit der Vinkulierung den Übergang von Titel und Eigentum auch bei der Rektaaktie nicht verhindern⁴⁷. Dies muss besonders dort gelten, wo sich der Erwerber für die Geltendmachung der Forderungsrechte des Titels bedient⁴⁸, weil keine Coupons ausgegeben sind⁴⁹.

45 BGE 83 II 305 f.; 90 II 241 f.; Bürgi, OR 686 N 99; ders., Überlegungen 212; Schluep, SAG 48 (1976) 126; Trüb 46; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 67 f.; ders., ZSR 77 (1958) I 527; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 22; Salzgeber-Dürig 205; Wettstein 78; Widmer 95; Schucany, OR 684 N 1; ders., SJZ 41 (1945) 180; Sautaux 30, 32, 35; E. Müller, SJZ 58 (1962) 279; Lanz, SAG 18 (1945/46) 100 ff.; a.M. Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 345; Winkler 54; Wieland 47 f.; ders., SJZ 42 (1946) 69.

46 Vgl. sogleich § 19.

47 Gl.M. Jäggi, SAG 33 (1960/61) 70; ders., ZSR 77 (1958) I 528 f.; Schluep, SAG 48 (1976) 128; wohl ebenso Trüb 45 f.; Schucany, SJZ 41 (1945) 179 f.; Bär, ZSR 85 (1966) II 349; Kummer 121; a.M. BGE 83 II 303; Wieland 49.

48 Er muss dies m.E. entgegen der Auffassung der Mehrzahl der nachstehend in Anm. 49 zit. Autoren nicht tun, da er sich auch auf andere Weise legitimieren kann; doch wird die Vorweisung des Titels regelmässig die einfachste Lösung sein.

49 Vgl. etwa BGE 83 II 305; Bürgi, OR 686 N 97; Wettstein 78; Conne 100; Lanz, SAG 18 (1945/46) 100; ders., SAG 30 (1957/58) 234; ders., SAG 33 (1960/61) 212 f.; Jäggi, ZSR 77 (1958) 527; a.M. insbes. Pestalozzi-Henggeler 26 und Jäggi, SAG 33 (1960/61) 70. — Für den Versuch, durch Verzicht auf die Ausgabe von Coupons die Zession von einzelnen Forderungsrechten zu verhindern, vgl. Lyk, Treuhänder 33.

§ 19 Exkurs: Bedeutung der Übertragungsgenehmigung bei vinkulierten Namenaktien

I. Problematik

In den vorangehenden Paragraphen wurde einlässlich dargelegt, dass die Mitwirkung der Gesellschaft bei der Übertragung vinkulierter Namenaktien ausserhalb der Eintragung im Aktienbuch stattfindet. Die Eintragung ist für alle Namenaktien¹ gleich gestaltet. Wer die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, hat Anspruch auf Eintragung. Ein Mitspracherecht der Gesellschaft beim Aktionärswechsel gibt es nur bei der vinkulierten Namenaktie. Die AG übt es bei der Übertragungsgenehmigung aus.

Da nun feststeht, dass die Eintragung im Aktienbuch für den Aktionärswechsel ohne Bedeutung ist, und für die Frage der Mitwirkung der Gesellschaft beim Übergang der Mitgliedschaft immer wieder auf die Übertragungsgenehmigung verwiesen wurde, drängt es sich auf, in einem Exkurs auf die Bedeutung dieser Genehmigung einzugehen. Zwangsläufig müssen sich die nachstehenden Ausführungen auf eine summarische Skizze beschränken. Denn die Übertragungsgenehmigung gehört m.E. zum Kern der Vinkulierungsproblematik, die nicht im Zentrum dieser Arbeit steht und deren nähere Analyse nur im Rahmen einer besonderen, umfangreichen Studie möglich wäre.

Bei der Frage nach der Bedeutung der Übertragungsgenehmigung werden im wesentlichen zwei Auffassungen vertreten. An erster Stelle ist die herrschende Meinung zu nennen (nachstehend II.). Sodann ist die Gruppe der Minderheitsansichten darzulegen (nachstehend III.). Schliesslich soll die im Verlaufe dieser Arbeit gewonnene Auffassung formuliert werden (nachstehend IV.).

II. Fiktionstheorie

Nach der herrschenden Auffassung ist die Übertragungsgenehmigung für den Aktionärswechsel konstitutiv. Die Mitgliedschaft kann nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden. Wird die Übertragungsgenehmigung verweigert, bleibt der Buchaktionär Gesellschafter², und dem faktischen Aktionär stehen nur die aus der Mitgliedschaft entstehenden, fälligen Forderungen sowie gegebenenfalls das Eigen-

¹ Gewöhnliche und vinkulierte, Ordre- und Rektaaktien.

² Und insbes. stimmberechtigt: Schucany, OR 684 N 1; Guhl/Merz/Kummer 633; Krafft 228; Moser 87 f.; Vogel 76; Wieland, SJZ 48 (1952) 20. Für die Berechtigung des Buchaktionärs zur Anfechtung nach OR 706 vgl. BGE 65 II 228 f.; 69 II 314 f.; Bürgi, OR 706 N 50 ff.; Funk, OR 706 N 1; B. von Büren, SAG 22 (1949/50) 151.

tum am Aktientitel zu³. Hingegen gilt die Umkehrung nicht: Die Übertragungsgenehmigung allein bewirkt keinen Aktionärswechsel. Fehlt es an Grundgeschäft, Besitzverschaffung, Indossament bzw. Abtretungserklärung oder Verfügungsbefugnis bzw. Gutgläubigkeit, so bleibt die Genehmigung wirkungslos⁴.

Für die Fiktionstheorie spricht namentlich die Idee der Vinkulierung: Die Gesellschaft soll ein Vetorecht gegen missliebige Anwärter auf die Mitgliedschaft haben. Dies ist ein Charakteristikum aus dem Recht der Personengesellschaften, wo jeder Gesellschafterwechsel die Existenz der Gesellschaft tangiert⁵. Daneben soll die Gesellschaft jederzeit für jeden Mitgliedschaftsanteil ein zuständiges und verantwortliches Rechtssubjekt haben⁶.

Indessen führt diese Auffassung zu vielerlei Unzukömmlichkeiten, indem für die gleiche Aktie zwei Rechtssubjekte – Buchaktionär und faktischer Aktionär – zuständig sind, solange die Gesellschaft die Übertragungsgenehmigung verweigert. Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, dass in der Rechtswirklichkeit grosse Anstrengungen unternommen werden, diese Diskrepanz zu vermeiden⁷.

Die Fiktionstheorie bewirkt, dass in der vinkulierten Namenaktie die Mitgliedschaftsrechte nicht verbrieft sein können, denn die fehlende Übertragungsgenehmigung kann den Übergang des Titels nicht verhindern⁸. Welches Recht die vinkulierte Aktie alsdann verbiefen soll, ist unklar: die fälligen Forderungen⁹, eine Anwartschaft auf die Mitgliedschaft¹⁰ oder bloss ein Präsentationsrecht¹¹. Zudem ist es unbefriedigend und leuchtet insbesondere dem juristischen Laien keineswegs ein, weshalb die Aktie als Wertpapier in manchen Fällen die Mitgliedschaftsrechte verkörpert, in anderen dagegen nicht.

Die Fragwürdigkeit der bundesgerichtlichen Fiktionstheorie zeigt sich jedoch erst deutlich und in ihrem ganzen Ausmass, wenn man die Interessenlage betrachtet. Der *Buchaktionär* hat nämlich *keinerlei legitime Interessen* mehr an der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte¹².

3 BGE 90 II 239 ff.; 83 II 302 f., 311; 81 II 539; Pestalozzi-Henggeler 136, 140; Bürgi, OR 684 N 5, OR 686 N 95 f.; Schucany, OR 684 N 1; Guhl/Merz/Kummer 633; Böckli 226; F. von Steiger 160; Sautaux 30; Flattet 154 f.; Krafft 228 ff., 246; Salzgeber-Dürig 59; vgl. im übrigen vorn § 18 Anm. 18 und 45.

4 Vgl. namentlich Böckli 126.

5 Vgl. etwa Guhl/Merz/Kummer 631 und Bürgi, Überlegungen 202, 217.

6 Vgl. insbes. Krafft, zit. in § 14 Anm. 66.

7 Vgl. Lyk, SAG 51 (1979) 11, 12 ff.; ders., Treuhänder 33; E. Müller, SJZ 58 (1962) 279; Fromer, ZSR 80 (1961) I 142 ff.; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 70 ff.

8 Vgl. vorn § 18 Anm. 45.

9 Widmer 94; Lanz, SAG 18 (1945/46) 101; Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 327.

10 Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68; Schluep, SAG 48 (1976) 128; Sautaux 31 sowie die soeben in Anm. 9 zit. Autoren.

11 Krafft 215, 225.

12 Bürgi, Überlegungen 208.

Zum einen hat der Buchaktionär *keine eigenen Interessen* mehr an der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, die schützenswert wären¹³, denn er hat die Aktien veräussert und damit die Aufgabe der Mitgliedschaft bekundet. Ein Engagement aus persönlichen Gründen wäre auch deswegen unmotiviert, weil der Buchaktionär keinerlei finanzielle Risiken mehr trägt¹⁴.

Zum anderen führt die Veräusserung *nicht* dazu, dass der Buchaktionär nun *im Interesse der Gesellschaft*¹⁵ oder gar der Verwaltung die Mitgliedschaftsrechte ausüben hätte. Die Veräusserung macht ihn nicht zum Geschäftsführer fremder Interessen. Sie manifestiert im Gegenteil seine Lösung von der Gesellschaft. Der rechtsgeschäftliche Wille, der im Übertragungsgeschäft zum Ausdruck kommt, ist m.E. auch an dieser Stelle von der Rechtsordnung zu respektieren. Es kommt noch dazu, dass der Buchaktionär dem Erwerber gegenüber aus dem Veräusserungsvertrag verpflichtet ist. Wenn er diesem schon nicht die volle Mitgliedschaft vermitteln kann, darf er doch jedenfalls die Mitgliedschaftsrechte nicht zu seinem Schaden im Interesse von anderen Personen¹⁶ ausüben¹⁷. Andernfalls wird der Buchaktionär dem Erwerber wegen positiver Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig¹⁸. Allfälligen Rechtsnachfolgern des Erwerbers gegenüber kommt der Buchaktionär – immer nach der herrschenden Fiktionstheorie – u.U. gar in die Position eines Geschäftsführers ohne Auftrag¹⁹.

Schliesslich darf er die Mitgliedschaftsrechte schon gar *nicht* auf Grund des Veräusserungsvertrages *im Interesse des Erwerbers* ausüben. Entweder entspricht der Erwerber nämlich den Vinkulierungsbestimmungen der Gesellschaft und dann kann er sich anmelden und seine Rechte²⁰ selber ausüben. Ist er der Gesellschaft jedoch nicht genehm, so bedeutet die Interessenwahrung durch den Buchaktionär eine Umgehung der Vinkulierungsbestimmungen und ist daher als Rechtsmissbrauch abzulehnen²¹.

In diesem letzten Punkt kann die Fiktionstheorie geradezu kontraproduktiv wirken, denn es wird – insbesondere wenn den Beteiligten daran gelegen ist – nicht immer offensichtlich sein, dass der Buchaktionär seine Beteiligung veräussert hat

13 Wirtschaftliche Gründe gibt es keine, denn durch die Rechtsausübung kann der Buchaktionär seine ökonomische Situation weder verbessern noch verschlechtern. Eigennützige Rechtsausübung aus ideellen Gründen ginge stets zu Lasten Dritter und verdient daher keinen Rechtsschutz.

14 Bürgi, Überlegungen 209; Bär, ZSR 85 (1966) II 376; Guhl/Merz/Kummer 634; Pfenninger, SAG 37 (1965) 243.

15 Vgl. dazu vorn § 7 bei Anm. 49.

16 Andere Aktionäre, Verwaltungsräte usw.

17 Wieland, SJZ 48 (1952) 23; Reich 126.

18 Vgl. Wieland, SJZ 42 (1946) 69; ders., SJZ 48 (1952) 23; Reich 126.

19 So Wieland, SJZ 48 (1952) 23; zweifelnd Reich 126.

20 Gegebenenfalls durch Stellvertreter oder dergleichen.

21 BGE 81 II 539 f.; Bürgi, Überlegungen 209; Schucany, OR 685 N 4; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 67; Böckli 128 f.; Krafft 211 f., 226 f.; ferner Wieland, SJZ 48 (1952) 20 und mit gleichem Ergebnis, aber teilweise gegenläufiger Begründung S. 22.

und nur noch als indirekter Stellvertreter des mutmasslich nicht akzeptierten Erwerbers auftritt²².

Prekär wird die Sache allerdings dann, wenn Vertreter der Fiktionstheorie²³ Vereinbarungen zwischen Buchaktionär und Erwerber über die Wahrung der Interessen des Erwerbers durch den Buchaktionär bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte dem Grundsatz nach sogar ausdrücklich zulassen, obwohl die Gefahr der Umgehung von Vinkulierungsbestimmungen akut ist.

Da *weitere Interessen*, die der Buchaktionär allenfalls wahrnehmen könnte, *nicht erkennbar* sind, kommt man unweigerlich zum Ergebnis, dass der *Buchaktionär* ein *interesseloser Rechtsträger* ist²⁴. Dies ist eine Erscheinung, die unserer Rechtsordnung sonst fremd und – wie mir scheint – auch hier mit guten Gründen abzulehnen ist. Die Mitgliedschaft des Buchaktionärs ist ein fiktives Rechtsverhältnis²⁵.

Die fiktive Rechtsträgerschaft des Buchaktionärs bildet die dogmatische Grundlage dafür, dass die Gesellschaft ihm die Rechtsausübung verbieten kann, wenn er nach Instruktion oder gar namens des abgelehnten Rechtsnachfolgers Mitgliedschaftsrechte ausüben will²⁶. Dies ist der tiefere Grund, weshalb Vertreter der Fiktionstheorie der Ansicht sind²⁷, dass die Gesellschaft zwar auf eigenes Risiko, jedoch ohne grosse Gefahr dem Buchaktionär trotz seiner nominellen Rechtsträgerschaft die Rechtsausübung verweigern kann, weil er kein materielles Recht mehr an der Aktie besitzt. Dies heisst doch wohl, dass er materiell gar nicht mehr berechtigt ist.

Die Fragwürdigkeit der Fiktionstheorie ist damit offenkundig und es erstaunt nicht weiter, dass auch das Bundesgericht an seiner Theorie Zweifel hat. So liess es ausdrücklich offen, ob der Buchaktionär dem faktischen Aktionär gegenüber verpflichtet ist, auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu verzichten²⁸.

Ferner ist die Frage unentschieden geblieben²⁹, ob der faktische Aktionär die Dividenden von der Gesellschaft direkt beziehen kann³⁰ oder ob er sich an den Buchaktionär halten soll, weil die Gesellschaft nur an diesen zahlen muss³¹.

22 Bürgi, Überlegungen 209, 218; Fromer, ZSR 80 (1961) I 140 f.; Böckli 128 f.; H.A. Vogel 113.

23 So etwa Reich 127.

24 Ebenso Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 23.

25 Bürgi, Überlegungen 209; Sautaux 30; Widmer 82; a.M. Wieland, SJZ 48 (1952) 20; Krafft 226. — Diese Überlegung gibt Anlass, die herrschende Auffassung Fiktionstheorie zu nennen.

26 Sautaux 30.

27 So Wieland, SJZ 48 (1952) 21.

28 BGE 90 II 242. — Für diese Verpflichtung sind: Jäggi, ZSR 77 (1958) I 526 f.; ders., SAG 33 (1960/61) 67; Sautaux 30.

29 BGE 90 II 242; vgl. aber immerhin BGE 83 II 305.

30 So etwa Flattet 147 und vorn § 14 Anm. 35a. Bestehen keine Coupons, kann die Gesellschaft Dividenden nur an diejenigen Personen mit befreiender Wirkung leisten, die sich mit dem Titel legitimieren: Schluep, SAG 48 (1976) 128 mit Hinweisen.

31 Jäggi, SAG 33 (1960/61) 70; Krafft 230; Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 327.

Schliesslich ist sich das Bundesgericht auch gar nicht sicher, ob der Buchaktionär die angeblich bei ihm verbliebenen Rechte auch tatsächlich ausüben darf³².

Angesichts all dieser Bedenken muss man sich doch fragen, ob man die Fiktionstheorie nicht zugunsten besserer Erklärungen fallenlassen soll. Ob man es wahrhaben will oder nicht, ändert nichts an der Tatsache, dass ein Buchaktionär, der sich längst von seinen Aktien getrennt hat, auch faktisch keinerlei Veranlassung hat, am Schicksal der Gesellschaft teilzunehmen³³.

So nützt es der Gesellschaft nichts, ihn – wohl nicht selten gegen seinen Willen – im Aktienbuch eingetragen zu lassen. Er wird an keiner Generalversammlung mehr teilnehmen und daher auch bei Quorumsabstimmungen fehlen.

III. Suspensionstheorie

Es fragt sich angesichts der Probleme der Fiktionstheorie, ob man die faktische Aufgabe der Mitgliedschaft bei Veräusserung der Titel rechtlich anerkennen soll. Für den Zeitraum zwischen dem Verzicht des Buchaktionärs und der Eintragung eines Nachfolgers besteht diesfalls eine Lücke. Die betreffende Mitgliedschaftsstelle ist suspendiert³⁴. Die Verweigerung der Übertragungsgenehmigung wirkt nur im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Erwerber. Zwischen Veräusserer und Erwerber bewirkt die Transportfunktion der Übertragungsverfügung den Übergang sämtlicher wirtschaftlicher Einzelrechte³⁵. Die fehlende Übertragungsgenehmigung verhindert daher bloss die Anerkennung des Erwerbers als Gesellschafter durch die AG³⁶. Nach Widmer³⁷ geht die Mitgliedschaft des Buchaktionärs bei Verweigerung der Eintragung unter³⁸, während der vermögensrechtliche Rechtskomplex an den Erwerber übergeht. Die Ausübung des Stimmrechts durch den Buchaktionär wird damit zur Disposition über fremdes Recht³⁹. Diese ist nur möglich auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäfts oder als Geschäftsführung ohne Auftrag⁴⁰.

Gegen die Suspensionstheorie ist eingewendet worden, sie führe zur Handlungsfähigkeit der Generalversammlung und im Extremfall zur AG ohne Aktionäre⁴¹. Das Argument vermag nicht zu überzeugen. Der befürchtete Zustand könnte nur ein-

32 BGE 90 II 247.

33 Gl.M. Bär, ZSR 85 (1966) II 376; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68.

34 Bürgi, Überlegungen 213; Sautaux 35; Flattet 156. – Die Terminologie ist in dieser Überlegung begründet.

35 Bürgi, Überlegungen 209.

36 Bürgi, Überlegungen 209.

37 S. 81 f.

38 Abweichend Jäggi, SAG 23 (1950/51) 194, wonach die Suspension schon mit der Veräusserung eintritt.

39 Widmer 82; Reich 126.

40 Für diese Reich 126.

41 Vgl. etwa Pestalozzi-Henggeler, SJZ 56 (1960) 324; Bär, ZSR 85 (1966) II 376; Fromer, ZSR 80 (1961) I 142.

treten, wenn das zuständige Organ die Vinkulierung gegen die Interessen der Mehrheit der Aktionäre anwenden würde, denn die AG ist kein unpersönliches Abstraktum, sondern eine Personengemeinschaft⁴². Im übrigen droht bei der Fiktionstheorie die Gefahr, dass Buchaktionäre mangels Interesse fernbleiben und daher Quoren nicht erreicht werden⁴³.

Gegen die Suspension wendet sich die These, nach welcher die Gesellschaft insbesondere bei unvollständig liberiertem Grundkapital Anspruch darauf hat, dass für jede Mitgliedschaftsstelle stets ein zuständiges Rechtssubjekt vorhanden ist⁴⁴. Hier gilt es zu beachten, dass Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflicht bei der AG ein durchaus verschiedenes Schicksal haben können⁴⁵.

Entgegen Reich⁴⁶ und Krafft⁴⁷ steht der Suspensionstheorie die unbestrittene Tatsache nicht entgegen, dass die Mitgliedschaft einzig auf dem Wege der Kaduzierung entzogen werden kann. Dem Buchaktionär wird die Mitgliedschaft bei der Veräusserung nicht gegen seinen Willen entzogen, sondern er verzichtet freiwillig darauf. Falls dem nicht so wäre, litte das Grundgeschäft an einem Willensmangel und wäre deswegen anfechtbar.

Es leuchtet nicht ein, weshalb aus dem Minderheitenschutz bzw. der Unentziehbarkeit der Mitgliedschaft deren Unverzichtbarkeit folgen soll⁴⁸. So wie jedermann auf die Ausübung beliebiger privater Rechte grundsätzlich verzichten kann, darf der Aktionär auf die Mitgliedschaftsrechte zeitweise⁴⁹ oder dauernd⁵⁰ verzichten. Dieser Verzicht ist zulässig⁵¹. Er kann auch mit dem Erwerber in gültiger Weise obligatorisch vereinbart werden⁵².

Dies muss um so eher gelten, als auch Vertreter der Fiktionstheorie zugeben, dass Buchaktionäre faktisch regelmässig auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte verzichten⁵³.

In einem Punkt kommt selbst die Fiktionstheorie nicht um die Annahme der Suspension der Mitgliedschaft herum. Dies ist der Fall zwischen dem Erbgang und dem Entscheid über die Genehmigung des Aktionärswechsels bzw. die Übernahme der Erbschaftsaktien nach OR 686 IV⁵⁴.

42 Widmer 82; vgl. auch vorn § 7 bei Anm. 51.

43 Guhl/Merz/Kummer 634; Jäggi, SAG 33 (1960/61) 69; Kleiner, SAG 32 (1959/60) 91. Auch die bundesgerichtliche Fristansetzung beim Aktienerwerb infolge Erbanges vermag die faktische Suspension in diesen Fällen nicht zu vermeiden, vgl. vorn § 12 Anm. 129 und sogleich bei Anm. 54.

44 Vgl. vorn bei Anm. 6 sowie Krafft, zit. in § 14 Anm. 66, insbes. S. 228.

45 Vgl. Bürgi, Überlegungen 209, 214 f. und vorn § 17 bei Anm. 10 und 22.

46 S. 127 ff.

47 S. 222.

48 So aber Reich 129; Krafft 222 f.; Wieland, SJZ 48 (1952) 4; Conne 138.

49 Etwa durch Absenz von der Generalversammlung.

50 Durch Veräusserung.

51 Jäggi, OR 967 N 153; ders., SAG 23 (1950/51) 194; Baldi 84; Sautaux 29; Salzgeber-Dürig 205; vgl. auch vorn § 14 Anm. 65 und 66.

52 Jäggi, SAG 33 (1960/61) 67.

53 Reich 130; Bär, ZSR 85 (1966) II 376; Guhl/Merz/Kummer 634.

54 Vgl. insbes. BGE 75 II 352 und vorn § 12 Anm. 46 und 129.

Die Konsequenz der Suspensionstheorie besteht im Recht der Gesellschaft, den blossen Buchaktionär zu löschen⁵⁵. Dieses Ergebnis stimmt mit den legitimationsrechtlichen Überlegungen zum Löschungsrecht der Gesellschaft⁵⁶ und dem Recht des Buchaktionärs, die Löschung zu verlangen⁵⁷, vollumfänglich überein.

IV. Translationstheorie

Nun kann man zwar annehmen, die Veräusserung der Aktie führe zur Suspension der Mitgliedschaft⁵⁸, und gleichzeitig daran festhalten, dass der Übergang der Mitgliedschaft auf den neuen Aktionär erst mit der Übertragungsgenehmigung der Gesellschaft eintritt⁵⁹. Man sollte jedoch m.E. noch einen Schritt weitergehen und zulassen, dass das Indossament bei der Ordreaktie und die Abtretungserklärung bei der Rektaaktie den Übergang der Mitgliedschaft bewirken, denn diese ist in allen wertpapierrechtlich ausgestalteten Aktien in gleicher Weise verbrieft.

OR 967 III steht dem nicht entgegen, weil OR 684 I keineswegs ein Anwendungsfall dieser Bestimmung ist, sondern bloss legitimationsrechtliche Bedeutung hat⁶⁰. OR 967 III regelt die Form und nicht die Voraussetzungen der Eintragung⁶¹. Sodann hat OR 684 I nur obligatorische Wirkung und kann daher die Übertragung nicht verhindern, sondern bloss die Gesellschaft von ihrer Anerkennung entbinden⁶². Die Vinkulierung verhindert somit die Übertragung der Mitgliedschaft nicht und stellt auch keinen Anwendungsfall von OR 164 I dar⁶³. Die Übertragungsgenehmigung betrifft mithin nur die Legitimation des Erwerbers im Verhältnis zur Gesellschaft, wie sich auch OR 685 lediglich auf die Legitimation bezieht⁶⁴.

Hiegegen ist vielfach eingewendet worden, man könne nur im Verhältnis zur Gesellschaft Aktionär sein⁶⁵. Indessen ist dies nicht nur begriffsjuristisch gedacht, sondern auch sachlich unzutreffend. Natürlich liegt das Hauptfeld der mitgliederschaftlichen Beziehungen zwischen Aktionär und Gesellschaft. Der Aktionär ist

55 Carry, zit. nach Charaf 70.

56 Vgl. vorn § 14 Anm. 24.

57 Vorn § 14 Anm. 66.

58 So etwa Jäggi, SAG 23 (1950/51) 194.

59 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 159 f.; ders., SAG 33 (1960/61) 65 f.; Carry, Problèmes 170 f.; Pestalozzi-Henggeler 126.

60 Jäggi, OR 967 N 140; a.M. die vorn in § 15 Anm. 14 zit. Autoren.

61 Schucany, SJZ 41 (1945) 178 ff.; a.M. Krafft 245.

62 Schucany, SJZ 41 (1945) 178 ff.

63 Jäggi, ZSR 77 (1958) I 526; a.M. hingegen ders., SAG 33 (1960/61) 71; Guhl/Merz/Kummer 634.

64 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 159; Carry, Problèmes 170 und vorn § 15 IV.

65 Jäggi, SAG 23 (1950/51) 156; Pestalozzi-Henggeler 124; Guhl, SAG 13 (1940/41) 33; Carry, Considérations 39; Aschwanden 122 f.; Glettig 45; Krafft 150; Reich 73; Ribl 258; Bruderer 53; ferner F. von Steiger, SAG 23 (1950/51) 117 f.

jedoch auch Gesellschafter im Verhältnis zu seinen Mitaktionären und zu Dritten⁶⁶. Er kann seine Aktien in eigenem Namen und auf eigene Rechnung lombardieren, verpfänden, hinterlegen, ausleihen, verschenken, verkaufen usw., und die jeweiligen Vertragspartner sehen den wertpapierrechtlich legitimierten Aktionär zu Recht als Gesellschafter an⁶⁷.

Allerdings ist die Kritik an der von Andreas von Tuhr begründeten Duplizitätstheorie nicht ohne Berechtigung. Nach von Tuhr ist im Verhältnis zur Gesellschaft der Buchaktionär Mitglied, in allen anderen Beziehungen dagegen der wertpapierrechtlich legitimierte Erwerber^{67a}.

In der Tat kann nicht gleichzeitig einesteils der Buchaktionär und andernteils der faktische Aktionär Gesellschafter sein. Materiell berechtigt ist m.E. stets der wertpapierrechtlich legitimierte Erwerber, während der Buchaktionär materiell nicht mehr berechtigt ist. Legitimationsrechtlich hingegen ist der faktische Aktionär der Gesellschaft gegenüber nicht berechtigt, solange sie die Übertragung nicht genehmigt hat⁶⁸, während der Buchaktionär immer noch formell legitimiert ist. In diesem legitimationsrechtlichen Sinne kann man von Duplizität und "Auseinanderfallen von Aussen- und Innenverhältnis" sprechen⁶⁹.

Verfügt der Buchaktionär also nur noch über die blossе Legitimation, so darf ihm die Gesellschaft die Rechtsausübung verweigern⁷⁰. Sie kann ihn im Aktienbuch streichen⁷¹. Andererseits braucht sie den materiell Berechtigten nicht zuzulassen, wenn er ihren Vinkulierungsvorschriften nicht entspricht, indem sie zu Recht die Genehmigung der Übertragung verweigert. Damit ist die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft blockiert bzw. suspendiert, nicht aber die materielle Rechtszuständigkeit, die Mitgliedschaft also, und auch nicht die Rechtsausübung gegenüber Mitaktionären und Dritten.

Entgegen Jäggi⁷², Sautaux⁷³ und Baldi⁷⁴ ist der *Erwerber* demnach nicht bloss in gewisser Hinsicht Träger des veräusserten Aktienrechts; vielmehr *ist* er m.E.

66 A.M. Bruderer 53, wonach nur Aktionär sein kann, wer die Möglichkeit hat, die in der Aktie verbrieften Rechte geltend zu machen; ebenso Pestalozzi-Henggeler 124. Auch Glettig 44 f. hält es für eine "unmögliche Situation, dass der neue Träger der Mitgliedschaft seine Rechte nicht ausüben" kann. Dagegen ist einzuwenden, dass es viel stossender ist, wenn der bloss noch formell legitimierte, materiell jedoch längst nicht mehr berechnete Buchaktionär soll die Mitgliedschaftsrechte ausüben können.

67 Ähnlich Bürgi, Überlegungen 211.

67a Von Tuhr/Peter/Schulin, § 25 bei Anm. 26a; ablehnend dazu namentlich Pestalozzi-Henggeler 70 und Wieland 10 ff.

68 Vgl. Jäggi, OR 967 N 156.

69 Widmer 32; Bürgi, OR 689 N 36; vgl. auch Krafft 150 bei Anm. 14 und Flattet 151.

70 In diesem Sinne ist der vorn bei Anm. 27 zit. Auffassung zuzustimmen. Wieland, SJZ 48 (1952) 19 nimmt m.E. zu Unrecht an, das Aktienrecht statuiere eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz, wonach die Rechtsträgerschaft durch die Legitimationsregelung nicht verändert werden kann.

71 Jäggi, SAG 33 (1960/61) 68 f. und vorn § 14 Anm. 24.

72 SAG 33 (1950/51) 195.

73 S. 29.

74 S. 84.

Aktionär, kann jedoch ohne die Zustimmung der Gesellschaft dieser gegenüber die Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben.

Die Translationstheorie genügt wie die Suspensionstheorie⁷⁵ für den Schutz der Gesellschaft, denn sie kann missliebige Gesellschafter von der Einflussnahme auf die Willensbildung der Gesellschaft ausschliessen. Sie wahrt aber darüber hinaus auch die Interessen des Verkehrs, indem der Erwerber einer wertpapierrechtlich verkündeten Aktie nach den Grundsätzen des Wertpapierrechts Gesellschafter wird, während die Suspensionstheorie nur den Übergang der Vermögensrechte garantiert. Diese lässt die als weniger wichtig angesehenen Mitverwaltungsrechte suspendiert, was nicht weiter stören soll, da es bei der Übertragung von Wertpapieren ohnehin zur Hauptsache auf die Negotiabilität von Vermögensrechten ankomme⁷⁶. Sodann verhindert die Translationstheorie – wie auch die Suspensionstheorie⁷⁷ – die Spaltung und gestattet den Übergang des Eigentums an der Aktienurkunde nach den gewöhnlichen Regeln des Sachen- und Wertpapierrechts⁷⁸. Schliesslich gilt das gleiche für den Übergang der Mitgliedschaft. Diese ist in *allen* wertpapierrechtlich ausgestalteten Aktientiteln⁷⁹ verkündet, gleichgültig ob eine Vinkulierung besteht oder nicht. Die Vinkulierung betrifft nur die Legitimation zwischen Gesellschaft und Erwerber. Oder mit den Worten von Lyk⁸⁰: “Die Vinkulierung soll nicht die Veräusserung erschweren, sondern richtet sich gegen unwillkommene Erwerber.”

75 Vgl. Bürgi, Überlegungen 211.

76 Bürgi, Überlegungen 205 f., 211 f.; ausdrücklich a.M. Wieland, SJZ 48 (1952) 18, 19.

77 Sautaux 35.

78 Vgl. vorn § 18 bei Anm. 45.

79 Inhaber-, Ordre- und Rektaaktie.

80 Treuhänder 35.

4. KAPITEL

Schlussfolgerungen

§ 20 Ergebnisse de lege lata

I. Aktienbuch

1. Funktion

Das Aktienbuch dient in erster Linie als besonderes Legitimationsmittel für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Aktionär¹. Ein neuer Aktionär braucht sich nur einmal, bei der Anmeldung zum Aktienbucheintrag, wertpapierrechtlich oder auf andere Weise einlässlich zu legitimieren². Fortan kann er für die Legitimation auf den Registereintrag verweisen. Die Gesellschaft darf sich auf die Eintragung verlassen, sofern kein begründeter Anlass dazu besteht, seine Richtigkeit zu bezweifeln³. Das Aktienbuch vereinfacht auf diese Weise die Beziehungen zwischen Aktionär und Gesellschaft. Bei Gesellschaften mit zahlreichen Namenaktionären ist das Aktienbuch für die Organisation und die korrekte Durchführung der Generalversammlung unerlässlich⁴.

Bei Gesellschaften mit bloss teilweise liberiertem Grundkapital dient das Aktienbuch als Verzeichnis der Liberierungsverpflichteten⁵. Mangelfreie Eintragung vorausgesetzt, kann die Gesellschaft für die Liberierung des ausstehenden Grundkapitals stets auf die im Aktienbuch verzeichneten Personen greifen⁶.

Sodann sollte das Aktienbuch die Übersicht über die Gesellschafter vermitteln und namentlich den Nachweis der schweizerischen Beherrschung ermöglichen⁷. Hierin versagt jedoch die rechtliche Konstruktion des Aktienbuches, indem es zwar in der Regel, aber nicht in allen Fällen den wirklichen Aktionär wiederzugeben vermag⁸. Verzichtet ein Erwerber auf die Anmeldung oder kümmert sich ein Veräusserer nicht um seine Löschung, gibt das Aktienbuch nicht mehr den tatsächlichen Aktionär wieder⁹. Das gleiche geschieht, wenn die Gesellschaft bei inkulierten Namenaktien die Genehmigung der Übertragung verweigert und in der

1 § 3 II. 1.

2 § 10 II. 1.

3 § 14 II. 1.

4 § 3 II. 1.

5 § 3 II. 3.

6 § 17.

7 § 3 II. 2.

8 § 16 III.

9 § 14.

Folge der Buchaktionär nicht gelöscht wird¹⁰ oder wenn die letzte Eintragung mangelhaft ist¹¹. Man mag dies einerseits bedauern, weil das Aktienbuch so eine ihm zugeordnete Funktion nicht erfüllen kann. Andererseits kann die Verwaltung, die in den weitaus meisten Fällen für die Aktienbuchführung zuständig ist, dieses Instrument auch nicht für die unlautere Beeinflussung der Generalversammlung und die Bevormundung der Aktionäre missbrauchen¹². Schliesslich obliegt die eigentliche Steuerungsfunktion nicht dem Aktienbuch, sondern der Vinkulierung¹³.

2. Form und Inhalt

Das Gesetz lässt der Gesellschaft in der Ausgestaltung des Aktienbuches grosse Freiheit. In kleineren Gesellschaften wird es am besten in einfacher Weise als kombiniertes Namen- und Titelregister geführt, während sich bei Gesellschaften mit häufigem Aktionärswechsel die Verwendung der heute ohnehin vorhandenen EDV-Anlagen aufdrängt. Es sind alle Aufzeichnungsmittel zugelassen, die eine eindeutige Reproduktion der Eintragungen erlauben. Die Verwendung eines Buches ist keineswegs vorgeschrieben und meist auch gar nicht angezeigt¹⁴.

Aus dem Aktienbuch müssen mindestens Name und Wohnort der Eigentümer von Namenaktien und der Umfang ihrer Kapitalbeteiligung ersichtlich sein. Die Eintragung weiterer Angaben, wie insbesondere der Adresse der Aktionäre, ist vielfach empfehlenswert. Sind Titel ausgegeben, so vermerkt die Gesellschaft auf ihnen die Tatsache der Registereintragung¹⁵.

3. Führungspflicht

Die Gesellschaft ist verpflichtet, während des ganzen Zeitraumes, in welchem Namenaktien bestehen, ein Aktienbuch zu führen¹⁶. Mit der Aktienbuchführung kann ein beliebiges Organ beauftragt werden. Fehlt es an einer ausdrücklichen statutarischen Anordnung, ist die Verwaltung auf Grund der allgemeinen Kompetenzvermutung von OR 721 II zuständig. In den meisten Fällen ist dies auch die sachlich angemessenste Lösung¹⁷. Ist die Verwaltung für die Aktienbuchführung subsidiär zuständig, so kann sie sowohl die Übertragungsgenehmigung bei vin-

10 § 18 II.

11 § 14 II. 1.

12 § 14 II. 1.

13 § 12 I. 2. b); § 15 II. 2.; § 18 II. 1.; § 19.

14 § 4.

15 § 13.

16 § 5 II.

17 § 5 III. 1.

kulierten Namenaktien als auch die Prüfung der Anmeldung delegieren, und zwar auch an Personen, die ihr nicht angehören. Hat der Aktionärswechsel jedoch ausnahmsweise fundamentale Bedeutung für die Gesellschaft und erfordert er einen grundsätzlichen gesellschaftspolitischen Entscheid, so ist zwingend der Gesamtverwaltungsrat zuständig. Ist das Organ für die Aktienbuchführung hingegen durch die Statuten bestimmt, so darf es nur dann delegieren, wenn ihm die Statuten Delegationskompetenz einräumen¹⁸.

Verletzt die Gesellschaft die Pflicht zur Aktienbuchführung, so kann sie damit die Rechtsstellung des Aktionärs nicht beeinträchtigen. Insbesondere darf sie in diesem Falle die Legitimation des Aktionärs nicht unter Berufung auf OR 685 IV bestreiten¹⁹. Dieser kann die ordnungsgemässe Führung des Aktienbuches notfalls klageweise erzwingen²⁰ und, falls ihm aus der Pflichtverletzung Schaden entstanden ist, von der verantwortlichen Organperson und von der Gesellschaft Ersatz verlangen²¹.

4. Kontrolle und Einsichtsrechte

Das Gesetz verlangt keine besondere Kontrolle des Aktienbuches. Es steht der Gesellschaft indessen frei, ein obligatorisches oder ein besonderes Organ mit dieser Kontrolle zu betrauen. Im Hinblick auf den bescheidenen Nutzen ist eine besondere Kontrolle des Aktienbuches jedoch nicht empfehlenswert²².

Jeder Aktionär hat das Recht, in die ihn selber betreffende Eintragung Einsicht zu nehmen. In die Eintragungen anderer Aktionäre kann nicht auf Grund des Auskunftsrechtes nach OR 697 II Einblick verlangt werden, da das Aktienbuch nicht zu den Geschäftsbüchern gehört. Weil das Aktienbuch im Interesse der Gesellschaft besteht und sich die Ansprüche der Aktionäre auf Information und auf Verschwiegenheit gegenseitig neutralisieren, besteht kein Einsichtsrecht in die Eintragung von Mitaktionären; doch kann die Gesellschaft die Einsicht gestatten, wenn sie im Interesse der Gesellschaft ist²³.

Da das Aktienbuch als Instrument der Gesellschaft konzipiert ist, hat die Verwaltung stets unbeschränkte Einsicht²⁴, während diese der Kontrollstelle nur zu steht, wenn sie statutarisch zur Aktienbuchführerin bestellt ist²⁵.

Dritten stehen keinerlei Einsichtsrechte zu, doch kann die Gesellschaft Einsicht gewähren, wenn bei sorgfältiger Abwägung der Interessen des Persönlichkeits-

18 § 5 III. 2.

19 § 5 IV. 3.

20 § 5 IV. 4.

21 § 5 IV. 5.

22 § 6.

23 § 7 II. 1.

24 § 7 II. 3.

25 § 7 II. 4.

schutzes der Eingetragenen und der — aus der Summe der Aktionärsinteressen bestehenden — Gesellschaftsinteressen die letztgenannten überwiegen. Dies ist namentlich der Fall, wenn mit Hilfe des Aktienbuches der allerdings nicht in allen Fällen vollkommen schlüssige, aber trotzdem zuweilen erforderliche Nachweis der schweizerischen Beherrschung erbracht werden soll. Auch staatlichen Instanzen steht ein Einsichtsrecht nur zu, wenn sich dies aus dem öffentlichen Recht ergibt. Eine Pflicht zur Offenlegung kann sich insbesondere aus dem Steuerrecht und aus dem Prozessrecht ergeben²⁶.

5. Eintragungsverfahren

Soll ein Erwerber einer Namenaktie im Aktienbuch eingetragen werden, muss der Aktionärswechsel dem Aktienbuchführer angemeldet werden. Zur Anmeldung sind der Erwerber und, sofern die Aktien noch nicht vollständig liberiert sind, der Veräusserer legitimiert. Die Anmeldung ist formfrei und enthält neben der Mitteilung des Aktionärswechsels und dem Begehren um Eintragung des Erwerbers den Nachweis der formrichtigen Übertragung²⁷.

Die Prüfungspflicht der Gesellschaft beschränkt sich auf die formelle Korrektheit der Übertragungsverfügungen. Hat die Gesellschaft erheblichen Anlass, das Ergebnis der formellen Prüfung zu bezweifeln, muss sie zusätzlich die Gültigkeit und Echtheit der Übertragungsverfügungen sowie die Verfügungsbefugnis des Veräusserers bzw. die Gutgläubigkeit des Erwerbers prüfen²⁸. Sie hat darüber hinaus das Recht, auf eigenes Risiko mit Ausnahme des Grundgeschäftes sämtliche Übertragungsvoraussetzungen zu prüfen²⁹. Überschreitet die Gesellschaft ihr Prüfungsrecht oder verletzt sie ihre Prüfungspflicht, so haftet sie für allen daraus entstehenden Schaden³⁰.

Ist das Grundkapital erst teilweise liberiert, kann die Gesellschaft die Eintragung von der Sicherstellung des ausstehenden Kapitalanteils abhängig machen. Die Tatsache der unvollständigen Liberierung ist die einzige Voraussetzung für dieses Recht, das allerdings nach OR 686 IV nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Aktien durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung übergehen³¹.

26 § 7 II. 5.

27 § 9.

28 § 10 II.

29 § 10 III. 1.

30 § 10 II. 4. und III. 2.

31 § 11.

6. Anspruch auf Eintragung

Bei gewöhnlichen Namenaktien sind die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt, wenn die Prüfung der Anmeldung erfolgreich verlaufen und eine allenfalls verlangte Sicherheit geleistet ist³². Bei vinkulierten Namenaktien braucht es zusätzlich noch die Übertragungsgenehmigung der Gesellschaft, auf welche der Erwerber einen klagbaren Anspruch hat, wenn er den Vinkulierungsvorschriften der Gesellschaft entspricht³³. Gehen vinkulierte Namenaktien nach OR 686 IV durch Erbgang, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung über, so darf die Übertragungsgenehmigung nur dann verweigert werden, wenn der Erwerber den Vinkulierungsvorschriften der Gesellschaft nicht entspricht und sich gleichzeitig Mitglieder der Verwaltung oder andere Aktionäre bereit finden, die Aktien zum Börsenkurs oder zum wirklichen Wert im Zeitpunkt der Anmeldung zu übernehmen. Dabei genügt für die Verweigerung der Übertragungsgenehmigung, dass ein Aktionär die Übernahme offeriert. Der Erwerber im Sinne von OR 686 IV ist alsdann auch frei, die Offerte anzunehmen oder sich mit dem Status des abgewiesenen Erwerbers zu begnügen³⁴.

Wer als Erwerber von Namenaktien die Voraussetzungen der Eintragung erfüllt, hat Anspruch darauf, eingetragen zu werden, und kann diesen Anspruch notfalls klageweise durchsetzen. Sind die Aktien nur teilweise liberiert und erfüllt der Erwerber die Voraussetzungen der Eintragung, so kann ausnahmsweise auch der Veräusserer den Eintragungsanspruch geltend machen³⁵.

Wird die Eintragung verweigert, obwohl der Erwerber alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, sind die verantwortlichen Organe und die Gesellschaft für allen daraus erwachsenden Schaden haftbar³⁶.

7. Berichtigung der Eintragung

Hat die Gesellschaft sichere Kenntnis davon, dass ein eingetragener Aktionär blosser Buchaktionär ist, darf sie ihn im Aktienbuch löschen³⁷. Hingegen darf sie niemanden ohne Anmeldung eintragen, es sei denn, die Gesellschaft wäre selber Partei des Übertragungsgeschäftes³⁸.

Weist der Eingetragene nach, dass er nicht (mehr) Aktionär ist, kann er von der Gesellschaft die Löschung im Aktienbuch verlangen, sofern die Titel vollständig liberiert sind³⁹. Erfolgt die Löschung auf Begehren des Buchaktionärs, weil das

32 § 12 I. 2. a).

33 § 12 I. 2. b).

34 § 12 I. 2. c).

35 § 12 II. 1.

36 § 12 II. 2.

37 § 14 II. 1.

38 § 14 III. 1.

39 § 14 II. 2.

letzte Übertragungsgeschäft mangelhaft war, kann die Gesellschaft den früheren Aktienbucheintrag wieder aufleben lassen, und zwar insbesondere dann, wenn die Aktien noch nicht vollständig liberiert sind⁴⁰.

II. Aktionärswechsel

1. Eintragungsentscheid und Übertragungsgenehmigung

Es muss klar unterschieden werden zwischen dem Entscheid über die Eintragung im Aktienbuch und der Übertragungsgenehmigung⁴¹.

Bei allen Namenaktien wird auf Grund der Anmeldung entschieden, ob der Erwerber die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt oder nicht. Erfüllt er sie, hat der Erwerber Anspruch auf Eintragung, und die Gesellschaft muss sie vornehmen⁴².

Bei vinkulierten Namenaktien hat die Gesellschaft vorgängig nach Massgabe ihrer Vinkulierungsvorschriften über die Genehmigung der Übertragung zu entscheiden. Falls der Erwerber diesen Vorschriften entspricht, hat er auch Anspruch auf die Übertragungsgenehmigung. Diese gehört zu den Voraussetzungen der Eintragung vinkulierter Namenaktien. Häufig wird die Übertragungsgenehmigung konkludent erteilt, indem die Gesellschaft auf Anmeldung hin ohne weiteres einträgt⁴³.

Umgekehrt darf die Gesellschaft bei sonst mängelfreier Übertragung den Aktienbucheintrag nur verweigern, wenn sie auch die Übertragungsgenehmigung verweigern kann, weil der Erwerber gegen ihre Vinkulierungsvorschriften verstösst⁴⁴.

Der zu Recht abgewiesene Erwerber kann keinerlei Mitgliedschaftsrechte ausüben. Immerhin verbleiben ihm die fälligen Forderungen, die laufend aus der Mitgliedschaft entstehen. Das Schicksal des Grundgeschäftes richtet sich nach der konkreten Vereinbarung. Bleibt es bestehen, geht das Eigentum am wertpapierrechtlich ausgestalteten Titel auf den Erwerber über⁴⁵.

2. Übergang der Liberierungspflicht

Der Übergang der Liberierungspflicht ist vom Übergang der Mitgliedschaftsrechte unabhängig. Er vollzieht sich durch eine besondere Schuldübernahme, die an die Eintragung im Aktienbuch gebunden ist. Liegt der Eintragung eine gültige Über-

40 § 14 III. 2.

41 § 15 II. 2.

42 § 12 II. 1.

43 § 12 II. 2. b).

44 § 18 II. 1.

45 § 18 II. 2.

tragung der Mitgliedschaftsrechte zugrunde, so wirkt sie konstitutiv für den Übergang der Liberierungspflicht: Die Eintragung macht den Aktienerwerber zum Liberierungsschuldner⁴⁶.

3. Übergang der Mitgliedschaftsrechte

Die Eintragung im Aktienbuch hat keinerlei Bedeutung für den Übergang der Mitgliedschaftsrechte. Diese werden unabhängig vom Eintrag in aller Regel durch Rechtsgeschäft zwischen dem bisherigen Aktionär und seinem Rechtsnachfolger übertragen⁴⁷. Bei vinkulierten Namenaktien braucht es nach herrschender Auffassung zudem noch die Übertragungsgenehmigung, welcher Konstitutivwirkung beigemessen wird⁴⁸.

4. Legitimation des Aktionärs

Für die Legitimation des Aktionärs zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte hat die Eintragung im Aktienbuch lediglich deklaratorische Bedeutung. Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, welche die durch den Aktienbucheintrag vermittelte Legitimation erschüttern, kann sich die Gesellschaft auf den Eintrag verlassen, muss es aber nicht. Beim Auseinanderfallen von Rechtszuständigkeit und Legitimation durch Aktienbucheintrag kann von allen Beteiligten stets die wirkliche Rechtslage zur Geltung gebracht werden. Der effektive Aktionär kann sich auch anderweitig legitimieren. Erfolgt die Legitimation auf Grund eines mangelhaften Eintragungsverfahrens, können sich weder Gesellschaft noch Buchaktionär erfolgreich auf diesen Eintrag berufen⁴⁹.

5. Bedeutung der Übertragungsgenehmigung insbesondere

Nach der herrschenden *Fiktionstheorie* ist die Übertragungsgenehmigung konstitutive, fünfte Voraussetzung für den Übergang wertpapierrechtlich verbriefter Namenaktien. Wenn der Titel veräußert wird, bleibt der Buchaktionär zur Ausübung der

46 § 17.

47 § 15 III.

48 § 19 II.

49 § 16 III.

Mitgliedschaftsrechte legitimiert, obwohl er faktisch die Mitgliedschaft aufgegeben hat⁵⁰.

Die *Suspensionstheorie* anerkennt die faktische Aufgabe der Mitgliedschaft durch den Buchaktionär. Sie lässt die Löschung des Buchaktionärs angesichts seiner fiktiven Rechtsstellung zu. Allerdings kann auch nach dieser Theorie der Erwerber ohne die Übertragungsgenehmigung nicht Aktionär werden. Zwischen der Löschung des Buchaktionärs und der Eintragung eines Rechtsnachfolgers ist die betreffende Mitgliedschaftsstelle suspendiert⁵¹.

Die hier vertretene *Translationstheorie* führt noch einen Schritt weiter als die Suspensionstheorie. Sie geht davon aus, dass in allen wertpapierrechtlich ausgestalteten Aktientiteln die Mitgliedschaftsrechte in gleicher Weise verbrieft sind. Alle wertpapierrechtlichen Übertragungsverfügungen führen unabhängig von einer allfälligen Übertragungsgenehmigung durch die Gesellschaft zum Übergang der Mitgliedschaft. Der Buchaktionär ist zu löschen, aber nicht weil die Mitgliedschaft durch das Veräusserungsgeschäft suspendiert, sondern weil sie auf den Erwerber transferiert worden ist. Die Übertragungsgenehmigung bezieht sich ausschliesslich auf die Legitimation im Verhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaft und hat bloss diesbezüglich konstitutive Bedeutung. Nur wer nach Massgabe der Vinkulierungsbestimmungen die Übertragungsgenehmigung erreichen kann, hat Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch und kann der Gesellschaft gegenüber Mitgliedschaftsrechte ausüben. Mitaktionären und Dritten gegenüber ist der Aktionär durch das Wertpapier allemal genügend legitimiert. Die Übertragungsgenehmigung ist somit entgegen der herrschenden Auffassung keine Voraussetzung für den Aktionärswechsel bei vinkulierten Namenaktien⁵².

50 § 19 II.

51 § 19 III.

52 § 19 IV.

§ 21 Postulate de lege ferenda

I. Aktienbuch

1. Revisionsbedürftigkeit

Das Gesetz ordnet das Aktienbuch zweckmässig, und wo sein Wortlaut Fragen offenlässt, haben Lehre und Praxis brauchbare Lösungen gefunden. Eine Revision von OR 685 ist daher nicht dringlich.

Von den bisher bekanntgewordenen Reformbestrebungen ist das Aktienbuch denn auch im wörtlichen Sinne nur am Rande tangiert worden. Wie der Zwischenbericht der Kommission Tschopp¹, so lässt auch der Vorentwurf² den Wortlaut von OR 685 unverändert. Die Bestimmung soll lediglich mit dem heutigen Art. 686 den Platz bzw. die Numerierung tauschen, um die logische Reihenfolge auch systematisch richtig wiederzugeben³. Dem ist zuzustimmen. Indessen sollte man die Gelegenheit der Teilrevision nützen, um drei Klarstellungen von unterschiedlichem Gewicht vorzunehmen.

2. Revisionsvorschläge

Vorab sollte m.E. OR 685 IV präzisiert werden, damit die ihm heute von der herrschenden Auffassung beigemessene Bedeutung im Wortlaut eindeutig zum Ausdruck kommt. Aus der Formulierung muss daher hervorgehen, dass der Aktienbucheintrag ein besonderes Legitimationsmittel ist und ausschliesslich deklaratorische Bedeutung hat⁴. Dies könnte etwa durch folgende Formulierung erreicht werden:

“Ohne Gegenbeweis ist im Verhältnis zu der Gesellschaft als Aktionär legitimiert, wer im Aktienbuch eingetragen ist.”

Die Legitimationsfunktion zeigt sich im Verb des Hauptsatzes. Die Wendung “ohne Gegenbeweis” gibt die deklaratorische Bedeutung wieder, weil eine unrechtmässige Eintragung auf Grund eines fehlerhaften Eintragungsverfahrens keine Legitimation schafft. Ausserdem wird damit zum Ausdruck gebracht, dass die Legitimationswirkung des Aktienbuches zerstörbar ist und sich der wirkliche Aktionär auch auf andere Weise legitimieren kann.

1 Zwischenbericht 165 und 169.

2 Vgl. SAG 48 (1976) 41 f.

3 Zwischenbericht 165; Schluép, SAG 48 (1976) 129, 131.

4 Vgl. vorn § 16 III.

Sodann sollte das Gesetz m.E. klarstellen, dass das Aktienbuch kein Geschäftsbuch ist⁵. Damit könnte eine ganze Reihe von Kontroversen beseitigt werden. Wenn man den an sich bewährten Wortlaut von OR 685 möglichst unangetastet lassen will, wird man am besten in Absatz II einen Relativsatz einfügen, der die erwünschte Klärung bringt. Die Formulierung könnte lauten:

“Die Eintragung in das Aktienbuch, das nicht zu den Geschäftsbüchern gehört, setzt ...”

Schliesslich wird man bei dieser Gelegenheit mit Vorteil das redaktionelle Versehen in Absatz III beseitigen⁶. Der Gesellschaft steht es frei, die Aktienbuchführung einem beliebigen Organ zu übertragen. Da nun der Eintragungsvermerk zweifellos am einfachsten durch den Aktienbuchführer angebracht wird, sollte der Wortlaut von OR 685 II entsprechend angepasst werden.

Ausgehend von der systematisch richtigen Umstellung der Reihenfolge, könnte der bisherige Art. 685 OR daher den folgenden Wortlaut erhalten:

Art. 686

3. Aktienbuch ¹Die Gesellschaft hat über die Eigentümer der Namenaktien ein Aktienbuch zu führen, in das die Aktionäre mit Namen und Wohnort eingetragen werden.

²Die Eintragung im Aktienbuch, *das nicht zu den Geschäftsbüchern gehört*, setzt einen Ausweis über die formrichtige Übertragung der Aktie voraus.

³Die Eintragung ist durch den *Aktienbuchführer* auf dem Aktientitel zu bescheinigen.

⁴*Ohne Gegenbeweis* ist im Verhältnis zu der Gesellschaft als Aktionär *legitimiert*, wer im Aktienbuch eingetragen ist.

II. Aktionärswechsel

1. Richterrecht

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, ohne Gesetzesänderung könne von der Fiktionstheorie nicht abgerückt werden, da sich seit Jahren jedermann darauf verlassen⁷. Dem kann m.E. nicht zugestimmt werden.

Einmal hat das Bundesgericht in den letzten Jahren verschiedentlich überraschende Praxisänderungen vollzogen⁸. Eine neue Rechtsprechung ist daher auch in die-

⁵ Vgl. vorn § 2 Anm. 20 und 26.

⁶ Vgl. vorn § 13 nach Anm. 50.

⁷ Vgl. insbes. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 39 N 23; Guhl/Merz/Kummer 634; H.A. Vogel 113.

⁸ Zu erinnern ist insbesondere an die Unterstellung der ehevertraglichen Vorschlagszuweisung nach ZGB 214 III unter das Pflichtteilsrecht (BGE 102 II 320 E 3–5) und die neue Praxis zur Verjährung im Prozess (BGE 106 II 32 ff.).

sem Bereich nicht ohne weiteres auszuschliessen. Sodann ist m.E. auch sachlich ein Übergang zur Translationstheorie oder – was schon ein bedeutender Fortschritt wäre – zur Suspensionstheorie kaum problematisch. Der Erwerber kann bei der Suspensions- wie bei der Translationstheorie nur dann die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschaft gegenüber ausüben, wenn diese dem Aktionärswechsel zugestimmt hat. Bei der Suspensionstheorie wird er erst durch die Genehmigung Aktionär, während er bei der Translationstheorie ohne Übertragungsgenehmigung der Gesellschaft gegenüber nicht legitimiert ist. In dem für die Gesellschaften entscheidenden Punkt bleibt die Situation im Ergebnis unverändert: Der faktische Aktionär kann ohne Zustimmung der Gesellschaft dieser gegenüber keine Mitgliedschaftsrechte ausüben. Eine Praxisänderung sollte daher möglich sein, ohne die Rechtssicherheit zu tangieren⁹.

Es fragt sich nun, ob überhaupt eine Änderung der Rechtsprechung nötig ist, wenn sie doch am Ergebnis im wesentlichen nichts ändert. Man darf nicht übersehen, dass sowohl Suspensions- wie Translationstheorie einen Fortschritt bedeuten, weil sie die unerwünschte, nach der herrschenden Auffassung aber theoretisch mögliche Rechtsausübung durch den Buchaktionär auf Grund einer gegenstandslosen, formellen Legitimation ausschliessen. Die Translationstheorie bringt zudem eine m.E. realistischere Erklärung der Position des faktischen Aktionärs, weil nach der Verkehrsanschauung die aktuellen Vermögensrechte den Ausschlag geben, was durch die Lehre bestätigt wird¹⁰.

Man wird einwenden, die Translationstheorie bringe die Vinkulierung um ihre Wirkung, da sie den Aktionärswechsel nicht zu verhindern vermöge. Bei näherer Betrachtung erweist sich dieses Argument aber als nicht stichhaltig. Schon unter der heute geltenden Fiktionstheorie ist umstritten, ob die Gesellschaft bei unverbrieften Namenaktien die Abtretung der künftigen Forderungen verbieten kann¹¹. Sicher ist die Forderungsabtretung jedenfalls dann nicht zu verhindern, wenn die Namenaktien wertpapierrechtlich verurkundet sind¹². Die praktisch entscheidenden realisierbaren Vermögensrechte können also schon nach geltendem Recht ohne oder gar gegen den Willen der Gesellschaft übertragen werden^{12a}.

9 Im Gegensatz zu den vorstehend in Anm. 8 zit. Urteilen.

10 Bei der Kapitalgesellschaft interessieren den Gesellschafter regelmässig nur Kapitaleinsatz und Rendite. Die Mitverwaltungsrechte dienen daher vorab der Verwirklichung der Vermögensrechte; vgl. OR 694; Hausheer 187 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Bürgi, Überlegungen 205 f., 211 f. und vorn § 19 Anm. 76.

11 Vgl. insbes. Schlupe, SAG 48 (1976) 126 Anm. 47; m.E. kann sie es nicht, vgl. vorn § 12 Anm. 178 und § 14 Anm. 35a.

12 Vgl. vorn § 18 Anm. 18.

12a Man kann hier einwenden, bei Rektaaktien habe die Vinkulierungsbestimmung die Funktion eines pactum de non cedendo (OR 164 II) und die Gesellschaft könne daher auch den Übergang der Forderungsrechte verhindern. Die Frage ist umstritten (vgl. soeben Anm. 11). Es geht bei der Vinkulierung trotz OR 684 I in aller Regel nicht um ein Abtretungsverbot schlechthin, wie es OR 164 II vorsieht. Auch wird m.E. diese Bestimmung der aktienrechtlichen Situation nicht gerecht. Wenn man schon zulässt, dass der Aktionär aus der Gesellschaft nicht austreten und die Mitgliedschaft auch nicht vollumfänglich übertragen kann, soll man ihm wenigstens die Mobilisierung des Vermögenswertes gestatten.

Nach ihrem ursprünglichen Motiv soll die Vinkulierung der Gesellschaft ein Mitspracherecht beim Aktionärswechsel einräumen, damit sie anhand des Aktienbuches insbesondere den Nachweis der schweizerischen Beherrschung erbringen kann¹³.

Stellt man nun für die Frage der Beherrschung auf die Möglichkeit zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ab, so bringt die Translationstheorie keine Änderung, weil auch nach ihr der Titeileigentümer nur mit dem Einverständnis der Gesellschaft Mitgliedschaftsrechte ausüben kann.

Kommt es dagegen für die Beurteilung der Beherrschung einer Gesellschaft auf die tatsächliche Kontrolle an, wie das namentlich im Fremdenrecht geschieht¹⁴, und hält man die aktuellen, realisierbaren Vermögensrechte für ausschlaggebend¹⁵, dann versagt die Vinkulierung unter dem geltenden Recht nicht weniger als unter der Translationstheorie. Diese bewirkt demnach keineswegs die Unwirksamkeit der Vinkulierung, sondern deckt bloss deren Versagen im heutigen Recht auf.

Es besteht daher m.E. kein Grund, an der Fiktionstheorie festzuhalten und nicht durch Richterrecht die Suspensionstheorie oder besser noch die Translationstheorie einzuführen. Diese Änderung der Rechtsprechung ist sachlich begründet und ohne Verletzung der Rechtssicherheit möglich.

2. Gesetzesrecht

Die vorstehend geäusserten Bedenken über die Wirksamkeit der Vinkulierung rufen der Frage nach der Revisionsbedürftigkeit der gesetzlichen Regelung dieses Instituts. Diesem Problem kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. Immerhin sind im Zusammenhang mit der Übertragungsgenehmigung einige grundsätzliche Überlegungen zur Revision der Vinkulierung angebracht.

Korrelat für das fehlende Austrittsrecht des Gesellschafters bei der AG ist die grundsätzlich frei übertragbare Mitgliedschaft¹⁶. Die Vinkulierung ist ein Element aus dem Recht der personenbezogenen Gesellschaften¹⁷, wo ein Mitgliedschaftswechsel die Existenz der Gesellschaft tangiert, aber grundsätzlich ein Austrittsrecht besteht. Der Konflikt ist offensichtlich. Man kann nicht auf der einen Seite ein Austrittsrecht verwehren und auf der anderen gleichzeitig den Mitgliedschaftswechsel erschweren oder gar verunmöglichen, ohne den Aktionär in stossender und in unserer Rechtsordnung verpönte Weise an die Gesellschaft zu ketten. Eine allseits

13 Vgl. neuestens Guhl/Merz/Kummer 631.

14 Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht, § 1 Anm. 30 und § 5 N 68 mit Hinweisen.

15 Böckli 129; Vogel 71; ferner Hausheer 187 und Pfenninger, SAG 37 (1965) 243, je mit Hinweisen; Müller, SJZ 58 (1962) 279; H.A. Vogel 113.

16 F. von Steiger 138; Hausheer 192; Stauffer 140 ff.; Herren 98; ders., SAG 47 (1975) 45; Wieland, SJZ 48 (1952) 19 mit weiteren Hinweisen.

17 Vgl. insbes. Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 22; Bürgi, OR 686 N 6; Guhl/Merz/Kummer 631; Wieland, SJZ 48 (1952) 19; Bär, ZSR 85 (1966) II 372; Meier-Hayoz 383 f.; K. Widmer, SAG 40 (1968) 43; Pugatsch 72 mit weiteren Hinweisen.

befriedigende Lösung der Vinkulierungsproblematik scheint mir daher prinzipiell ausgeschlossen.

Primär müsste man daher prüfen, ob man die Vinkulierung nicht besser ganz abschaffen sollte. Soweit ersichtlich, hat man diese Frage in der bisherigen Reformdiskussion nicht grundsätzlich erörtert, sondern ist stets davon ausgegangen, dass die Vinkulierung als Institut grundsätzlich erhaltenswert sei.

Es wird erwogen, die Verweigerung der Übertragungsgenehmigung vermehrt von Übernahmeangeboten nach dem Muster von OR 686 IV abhängig zu machen¹⁸. Diese Lösung brächte für "austrittswillige" Aktionäre sicherlich einen Fortschritt, weil die Härte der Unverkäuflichkeit bei den Aktien von Kleingesellschaften gemildert würde. Allerdings verschöbe sich das Problem im wesentlichen bloss auf eine andere Ebene, indem sich die Geister dann an der Bestimmung des Übernahmepreises schieden¹⁹.

Ein Fortschritt gegenüber der heutigen Regelung wäre auch die Einschränkung von Zahl und Möglichkeiten der Vinkulierung durch inhaltliche Beschränkung der zulässigen Vinkulierungsklauseln²⁰, doch bliebe dadurch das Grundsatzproblem der Vinkulierung ungelöst.

Schliesslich wird die Möglichkeit geprüft, nur das Stimmrecht der Vinkulierung zu unterwerfen²¹. Diese Lösung geht über die Translationstheorie hinaus, indem der Erwerber Aktionär wird mit allen Rechten, ausser dem Stimmrecht. Dieses ist suspendiert, solange die Gesellschaft den Aktionärswechsel nicht genehmigt. Der Erwerber ist stimmrechtsloser Aktionär. Sofern man die Vinkulierung nach heutigem Modell beibehalten will, verdient diese Lösung m.E. den Vorzug.

Die auf den ersten Blick bestechende Idee der gesetzlichen Ausdehnung von OR 164 II auf die Forderungen aus Namenaktien, verbunden mit einem Verbot der wertpapierrechtlichen Ausgestaltung der vinkulierten Namenaktie, kann mit Rücksicht auf die Börse und die kotierten Grossgesellschaften kaum realisiert werden²².

Im Hinblick auf eine Totalrevision des Gesellschaftsrechts müsste man sich unter diesen Umständen überlegen, ob man die Vinkulierung nicht ganz aufgeben will, da sie zu unlösbaren Widersprüchen führt.

Wenn man dies aus Rücksicht auf die Grossgesellschaften und das berechtigte Interesse an der Wahrung ihrer schweizerischen Beherrschung nicht tun will, könnte man immerhin die folgende Lösung erwägen:

18 Zwischenbericht 166 ff.

19 Vgl. vorn § 11 Anm. 27.

20 Zwischenbericht 168 ff. Der Vorentwurf geht ebenfalls diesen Weg: SAG 48 (1976) 41 und Schluep, SAG 48 (1976) 133 f., 135 f. Für eine Einschränkung der Vinkulierungsmöglichkeiten schon Bär, ZSR 85 (1966) II 389 f.

21 Zwischenbericht 170 f.

22 In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die geltenden Kotierungsbestimmungen und die Gebräuche im Effektenhandel die Auslieferung von Titeln erfordern; vgl. insbes. Lyk, SAG 51 (1979) 16; ders., Treuhänder 35. Allerdings könnte die Lösung u.U. in einer Verbriefung in blossen Beweisurkunden liegen, wie dies der Börsenhandel schon heute bei den kotierten Anteilscheinen der Volksbank akzeptiert.

Man legt fest, dass Namenaktien grundsätzlich frei übertragbar sind. Die Gesellschaften können in den Statuten einzig vorsehen, dass nur Schweizer Bürger oder schweizerisch beherrschte juristische Personen mit Sitz in der Schweiz Namenaktionäre werden können. OR 164 II wird ausdrücklich auf diesen Fall ausgedehnt. Übertragungen auf Nichtschweizer sind nichtig.

Gleichzeitig wird die GmbH attraktiver gestaltet, indem beispielsweise die Beschränkung des Stammkapitals aufgehoben, die Publizität der nicht geschäftsführenden Gesellschafter eingeschränkt, die Haftung für die Stammeinlagen der Mitgesellschafter abgeschafft wird usw. Die GmbH ist dann sowohl als Ersatz für die Familienaktiengesellschaft wie auch als Holdinggesellschaft brauchbar. Gerade für die Einbeziehung von vielerlei persönlichen Auflagen, die heute in Familienaktiengesellschaften mit der Vinkulierung angestrebt werden, bietet die GmbH bessere Möglichkeiten, ist doch gerade sie das Bindeglied zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften.

Wer alsdann die AG als Gesellschaftsform wählt, kann durch die Vinkulierung der Namenaktien die schweizerische Beherrschung sichern. Ansonsten aber muss er sich – abgesehen von Aktionärbindungsverträgen – mit der freien Übertragbarkeit der Aktien abfinden. Wenn Aktionäre mit der Mehrheit der Kapitalanteile – mag es auch nicht die Mehrheit der Aktionäre nach Köpfen sein, auf die es bei der Kapitalgesellschaft nicht ankommt –, aus was für Gründen auch immer, ihre Mitgliedschaft aufgeben wollen, gibt es m.E. keine gesellschaftsrechtlich motivierten Gründe, eine Übernahme durch andere Personen oder Gesellschaften zu verhindern. Allfällige wirtschaftspolitische oder kartellrechtliche Ziele sollten nicht auf verdeckten Wegen durch das Gesellschaftsrecht verfolgt, sondern mit dem hierfür vorgesehenen Instrumentarium angestrebt werden.

Abschliessend sei mit allem Nachdruck betont, dass der vorgenannte radikale Lösungsvorschlag ausschliesslich dogmatisch motiviert ist. Jedem Einsichtigen ist selbstverständlich klar, dass dieser Vorschlag angesichts der Realitäten, namentlich der wirtschaftlichen Interessen, keine Aussicht auf Verwirklichung hat. Dies darf jedoch m.E. nicht daran hindern, nach der dogmatisch angemessenen Lösung zu fragen. Wenn man dann bei der Abwägung aller Aspekte die rein theoretische Lösung verwirft, so tut man dies in voller Kenntnis der dogmatischen Beurteilung. Wichtig ist auch bei diesen Fragen nicht sosehr, wie der Entscheidung letztlich lautet, sondern dass er auf Grund möglichst genauer Erkenntnis der massgeblichen Gesichtspunkte und im vollen Bewusstsein der widerstrebenden Interessen gefällt wird, damit nicht unsachliche und irrationale Motive den Ausschlag geben.

LEBENS LAUF

Am 25. Februar 1951 wurde ich als Sohn des Dr. iur. Walther Benz und der Elisabeth, geb. Honegger, in Zürich geboren und bin Bürger von Marbach SG. Nach dem Besuch der Primar- und Bezirksschule (Progymnasium) in Bremgarten AG war ich an der Aargauischen Kantonsschule Baden, wo ich im Frühjahr 1971 die Matura des Typus B bestand. Im Sommersemester 1971 immatrikulierte ich mich an der Universität Zürich. Auf Grund der nach neun Semestern abgelegten Prüfungen ernannte mich die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät im Sommer 1976 zum Lizentiaten der Rechte. Nach den üblichen Gerichts- und Anwaltspraktika unterzog ich mich im Frühling 1978 den aargauischen Fürsprecherexamen und wurde am 13. Juni 1978 patentiert. Von April 1978 bis Februar 1981 war ich Assistent von Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser an der Universität Zürich. Anschliessend legte ich dort die Doktorexamen ab und promovierte am 27. Mai 1981. Seit Mitte Juni 1981 bin ich in einem Zürcher Anwaltsbüro tätig.

